

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN EUROPEA RELATIVO A LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

M^a ISABEL GONZÁLEZ CANO

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Antecedentes y objetivo: 1. El contexto normativo 2. "Intentos previos" II. Ubicación del problema III. Estructura y contenido del Libro Verde IV. Valoración general V. Las preguntas del Libro Verde en materia de conflicto de jurisdicción y mecanismo de elección de la misma VI. Las preguntas del Libro Verde en materia del principio *non bis in idem*.

I.- ANTECEDENTES Y OBJETIVO

El Libro Verde, que la Comisión aprobó con fecha de 23 de diciembre de 2005¹, tiene por objeto abrir la discusión sobre el tipo de medidas que podrían adoptarse para evitar conflictos positivos de jurisdicción y reforzar el principio de "*non bis in idem*" en el ámbito de la Unión Europea².

A diferencia de otros Libros Verdes en los que por primera vez se reflexiona sobre un tema a nivel europeo, muchos aspectos relacionados con estas cuestiones ya han sido, con anterioridad, objeto de discusión, de plasmación normativa, de interpretación por el TJCE, e incluso de negociación en una propuesta específica de Decisión Marco, etc.

¹ COM(2005) 696 final

² La fecha límite para remitir observaciones a la Comisión era el 31 de marzo de 2006.

Ello nos obliga a referirnos, siquiera brevemente, al contexto normativo e "histórico" del Libro Verde, que se describe de forma más completa en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión³ de la misma fecha, imprescindible para la adecuada comprensión del primero.

1.- EL CONTEXTO NORMATIVO

El principio "non bis in idem", según el cual nadie puede ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción, aparece enunciado en tal sentido en instrumentos internacionales como en el art.14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o, a nivel del Consejo de Europa, en el art.4.1 del Protocolo 7 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴. Sin embargo, bajo estos instrumentos, solo se aplica a nivel nacional, es decir, solo es exigible dentro de la jurisdicción interna de cada Estado.

A nivel internacional, y pese a indudables avances en la extensión de su aplicación⁵, no existe un reconocimiento general del "*non bis in idem*" con efectos transnacionales, que prohíba a un Estado dictar una resolución condenatoria, e incluso tramitar un proceso penal, contra quien hubiera sido ya condenado por los mismos hechos en otro Estado diferente.

En el ámbito de la Unión, el principio "*non bis in idem*" sí es aplicable a nivel transnacional, conforme a los arts.54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (en adelante, CAAS) firmado por España el 30 de julio de 1993. El artículo 54 del CAAS extiende los efectos del principio *ne bis in idem* al ámbito de los Estados ligados por el Convenio en los siguientes términos: "*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*".⁶

Otros instrumentos de la Unión contienen también disposiciones relacionadas con este principio, pero sin el alcance general del CAAS, sino ceñidos a su respectivo ámbito de aplicación⁷. Igualmente, numerosas Decisiones Marco incorporan disposiciones sobre

³ SEC(2005)1767

⁴ Firmado, pero no ratificado por España

⁵ En el ámbito del Consejo de Europa, el principio "*non bis in idem*" se recoge algunas veces como motivo de denegación de ciertos mecanismos de cooperación (por ejemplo en relación con el Convenio Europeo de Extradición de 1957 o el Convenio de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos de delito). Además, se proclama (si bien permitiendo numerosas limitaciones) en los artículos 53 a 57 del Convenio Europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales de 1970 y en los artículos 35 a 37 del Convenio Europeo sobre transmisión de procesos penales de 1972, aunque estos instrumentos han sido ratificados por un número inferior a la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea. En el ámbito de Naciones Unidas, los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda y el Tribunal Penal Internacional recogen también este principio, en relación con los crímenes internacionales de que conocen.

⁶ El artículo 55 autoriza a los Estados a desligarse de los efectos del artículo 54 en una serie de supuestos taxativamente determinados, mediante declaración. El artículo 58 compatibiliza la aplicación de las disposiciones que le preceden con la de posibles normas nacionales más extensivas sobre el efecto *ne bis in idem* vinculado a resoluciones extranjeras.

⁷ Entre otros el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (art 7) o el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los

"jurisdicción extraterritorial" y a continuación establecen, para el caso de concurrencia de jurisdicción de distintos Estados, la obligación de cooperar para centralizar el procedimiento en uno solo, cuando sea posible, e incluso fijan los criterios a tener en cuenta al efecto⁸. El grado de incorporación de este tipo de disposiciones al ordenamiento interno de los Estados es realmente incierto y dispar.

Por último, el Artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 10 de diciembre de 2000) proclama con carácter general el principio de *ne bis in idem* aunque carece como aquella de efectos jurídicos vinculantes⁹.

2. "INTENTOS PREVIOS"

Con esta denominación se refiere el documento de trabajo adjunto al Libro Verde, a trabajos relacionados que, con mejor o peor suerte, lo han precedido. Se alude en primer lugar a la Comunicación sobre reconocimiento mutuo de decisiones finales en materia penal¹⁰, donde se suscitó la posibilidad de fijar reglas que permitieran atribuir jurisdicción exclusiva a un solo Estado para cada tipo de caso. Según señala la Comisión, esta posibilidad se examinó en una reunión de expertos en 2001 donde, sin embargo, la mayoría abogó por un sistema más flexible, basado en el caso concreto. Este es, en efecto, el enfoque que se recoge en los "*criterios para determinar qué jurisdicción debe asumir la función enjuiciadora*", que aparecen como anexo a los Informes anuales de actividad de Eurojust 2003 y 2004.

En segundo lugar, de mayor interés como precedente, resulta la propuesta de "Decisión Marco sobre el *ne bis in idem*"¹¹, presentada por Grecia durante la presidencia de este país en 2003 y que se negoció durante aproximadamente un año. Su objeto era ir más allá de lo previsto en los arts.54 a 58 del CAAS, proporcionando normas comunes para la aplicación del *ne bis in idem*, conteniendo también una disposición expresa sobre litispendencia. Al parecer uno de los principales escollos con los que tropezó la negociación fue el mantenimiento o la supresión de la posibilidad de introducir excepciones a la aplicación del principio por vía de declaración, que recoge el artículo 55 del CAAS¹².

Estados Miembros de la Unión Europea (art. 10.); Decisión marco de 13 de junio 2002 sobre la orden europea de detención y entrega o sobre la lucha contra el terrorismo, etc.

⁸ Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002, Decisión marco sobre ataques contra sistemas de información de 24 de febrero de 2005, etc todas ellas enumeradas en el Apéndice al Documento de trabajo de los servicios de la Comisión SEC(2005)1767 anexo al Libro Verde.

⁹ El art.50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión establece que "*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*". La Carta tiene el valor de una mera proclamación no vinculante, sin perjuicio de su integración en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (art.II-110).

¹⁰ COM(2000) 495 final

¹¹ OJ C100, 26.04.03, p.24

¹² Art.55.1: "*En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los supuestos siguientes:*

- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin em-

El Consejo JAI de julio de 2004 no pudo alcanzar un acuerdo sobre la iniciativa de Grecia y los trabajos se suspendieron, con la declaración de deberían proseguir "*a la luz dela publicación de la comunicación de la Comisión sobre los conflictos de jurisdicción, a fin de garantizar la realización del valor añadido demostrado*".

Ello explica el enfoque del presente Libro Verde de 2005, que se centra en la vertiente procesal del principio (la litispendencia o lo que se denomina prevención de conflictos de jurisdicción), tratando con menos convicción la posible aclaración o revisión de los correspondientes artículos del CAAS.

En todo caso, los trabajos en la materia aún desarrollan el Plan de Acción de Viena de 3.12.1998¹³ y responden al Programa de reconocimiento mutuo de 29 de noviembre de 2000 (puntos 2.3 y medidas 1 y 11). Igualmente, el Programa de la Haya se refiere específicamente al principio *ne bis in idem* en el marco del programa de medidas destinadas a poner en marcha el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal.

II.- UBICACIÓN DEL PROBLEMA

Por otra parte, con carácter previo, conviene también enmarcar el debate que plantea el Libro Verde de 2005 en relación con debates precedentes, en lo que atañe a los conflictos de jurisdicción.

Al hilo de la discusión sobre la creación de Eurojust o sobre la Fiscalía Europea, se ha puesto de manifiesto una divergencia entre los Estados miembros sobre el enfoque que merece la resolución de este tipo de conflictos. Por una parte, ciertos Estados miembros (especialmente nórdicos y anglosajones) se han venido pronunciando por lo que podrían denominarse "*métodos informales de resolución de conflictos de jurisdicción*", basados en los contactos entre autoridades y concentración acordada de las investigaciones. De otro lado, los Estados que, con una aplicación más rigurosa del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal (entre los que estaría España), han manifestado sus dudas sobre la idoneidad y suficiencia de este modelo informal.

El planteamiento del documento de la Comisión, en especial en el más extenso *adendum* elaborado, es un tanto limitado, en tanto que parece desconocer la variedad de elementos de los distintos sistemas penales europeos, dando por sentado principios y facultades de actuación que son sobre todo propios del sistema anglosajón.

bargo, en este último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia;

- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante

- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo".

¹³ OJ C 19,23.1.1999,p.1, punto 49 .

Por ello, antes de referirnos a las preguntas concretas del Libro Verde, hay que llamar la atención sobre la necesidad de analizar el problema a la luz de las diversas tradiciones jurídicas y sistemas penales de los Estados miembros. Es decir, para referirnos a los conflictos de jurisdicción, hay que estudiar previamente en los diversos Estados temas tales como la aplicación del principio de oportunidad o sólo el de legalidad; las facultades instructoras de las Fiscalías; la existencia o no de la figura del juez instructor; el posible ejercicio de la acción penal por la víctima o por otros interesados; la facultad de disposición de la jurisdicción; o los criterios reglados o facultativos de atribución de competencia jurisdiccional.

Un enfoque acertado de la reflexión que se pretende iniciar por la Comisión con este Libro Verde exigiría contemplar esta diversidad y sus distintas variantes en todos los Estados miembros, en lugar de pretender ignorarlo, como se deduce de su contenido.

Sin embargo, la propuesta de la Comisión parece optar por atajar un problema concreto, como es la potencial persecución del mismo delito en más de un Estado miembro y su incidencia sobre el derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sin proponer un enfoque sistemático sobre el sistema institucional de Justicia Penal Europea hacia el que nos dirigimos.

Bien es cierto que, aunque luego las propuestas de medidas concretas hayan de optar por un enfoque gradual y equilibrado entre los distintos sistemas nacionales, el Libro Verde y la reflexión que abre son el momento procedimental adecuado para realizar ese tipo de reflexión general, sin dejarse llevar por la tentación de buscar una solución que, a medio y largo plazo, no sea congruente con un sistema.

Y los rasgos básicos de este sistema deberían ser la necesidad de establecer unos criterios precisos de competencia jurisdiccional; el rechazo a fórmulas de resolución meramente informales; la necesidad de regular específicamente la suspensión, traslado y archivo de los procedimientos penales por seguirse el procedimiento en otro Estado miembro con competencia preferente para la persecución del mismo delito; y la creación de un verdadero mecanismo de resolución de conflictos.

III.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL LIBRO VERDE

El Libro Verde se divide en cuatro epígrafes, que son los antecedentes, la creación de un mecanismo de elección de la jurisdicción, el principio *non bis in idem* y el fortalecimiento del principio de reconocimiento mutuo.

Dentro de los antecedentes, la Comisión señala, como veíamos en páginas anteriores, que el principio *non bis in idem* establecido en el CAAS no evita que puedan existir varios procesos penales en curso, por el mismo asunto, en dos o más Estados miembros. Su aplicación produce un efecto arbitrario e insatisfactorio de asignación de jurisdicción, pues implica dar preferencia por simple "orden de llegada" al órgano jurisdiccional que primero dicte una resolución definitiva. La Comisión sugiere como respuesta a los conflictos "positivos" de jurisdicción entre Estados Miembros, cada vez más frecuentes a medida que la delincuencia adquiere una dimensión internacional, la creación de un mecanismo para la elec-

ción de la jurisdicción más adecuada, así como la posible revisión de las normas en materia de *non bis in idem*.

El meollo del Libro Verde lo constituye la descripción del posible mecanismo de elección de la jurisdicción, para cuyo funcionamiento entiende la Comisión que son requisitos previos: que las autoridades judiciales de un Estado miembro conozcan los procedimientos o resoluciones adoptados en otro y, a la vez, que puedan no iniciar o interrumpir un proceso, cuando el mismo asunto se esté enjuiciando en otro Estado miembro.

El procedimiento que propone la Comisión se divide en fases, cuyo contenido esencial es el siguiente:

a) Identificación de las "partes interesadas", a cuyo efecto se podría imponer a las autoridades nacionales que hayan iniciado o vayan a iniciar un proceso penal en un asunto que muestre "vínculos significativos" con otros Estados Miembros, la obligación de informar a las autoridades competentes de los mismos, posiblemente fijando un plazo para que manifiesten si tienen interés en perseguir la infracción.

b) Consulta/debate directo entre las autoridades de los Estados miembros interesados en enjuiciar el mismo asunto. En caso de acuerdo, una de ellas dejará de conocer, interrumpiendo el procedimiento o tomando la decisión de no iniciarlo, con arreglo a su legislación nacional. Para evitar la reapertura del debate, las autoridades podrían suscribir un acuerdo obligatorio conforme a un modelo UE.

c) Solución de controversias/mediación. Si no hubiera acuerdo se podría prever la intervención como mediador de un organismo de la UE (Eurojust o un nuevo órgano ad hoc, que podría ser un consejo o grupo compuesto por jueces o fiscales nacionales con experiencia). Si existe consenso se procedería a interrumpir voluntariamente el procedimiento o a celebrar un acuerdo obligatorio.

d) Decisión obligatoria: Solo "a largo plazo", dice la Comisión que podría considerarse la posibilidad de una fase adicional en la que se facultara a un órgano de la UE para adoptar una decisión obligatoria sobre la jurisdicción más adecuada. Entre tanto, si el mecanismo anterior no permitiera alcanzar un acuerdo, operaría el principio del *non bis in idem*, a favor del procedimiento en el que se hubiese dictado antes sentencia firme.

También se refiere la Comisión, en forma un tanto oscura, al papel de las partes y el control jurisdiccional del procedimiento propuesto. En la etapa anterior al juicio, parece concluir que bastaría con informar a las personas interesadas de las razones principales por las que se eligió una jurisdicción determinada. En la etapa de juicio, el órgano enjuiciador decidiría sobre su propia competencia y podría no acatar la decisión por la que se elige una jurisdicción determinada si la considera arbitraria. La Comisión llama a esto "control jurisdiccional de la adjudicación", que podría basarse en que el asunto esté bien fundado y se ajuste a derecho, e incluso imponerse a través de una disposición comunitaria. La Comisión también considera necesario prever un recurso judicial, a instancia de la persona interesa-

da, contra la asignación de jurisdicción, al menos en los casos en que se haga a través de un acuerdo obligatorio. Si en algún momento se llegara a la "fase adicional", el control jurisdiccional sería indispensable, pudiéndose en tal caso considerar la posibilidad de modificar el marco jurídico existente para atribuir dicha función al TJCE.

El mecanismo de asignación de jurisdicción debería ir acompañado de lo que la Comisión llama una "norma de prioridad" por la que se obligue a los Estados Miembros a concentrar los procedimientos relativos a un asunto en una jurisdicción "principal". La Comisión entiende que el momento más adecuado para hacer surgir esta obligación es el de presentación del escrito de acusación, y que las autoridades nacionales deberían cumplir sus obligaciones de información y consulta antes de poder presentar dicho escrito. Junto a ella, deberá establecerse en un instrumento EU una lista "flexible" de criterios relevantes para determinar la jurisdicción principal. Se trata simplemente de establecer una norma y unos criterios de reparto competencial o jurisdiccional.

Señala la Comisión que, establecido un mecanismo que permita hacer una elección equilibrada de la jurisdicción, podrá revisarse con más posibilidades de éxito el principio *non bis in idem*, ya aclarando algunos elementos de la definición, ya suprimiendo restricciones al principio como la condición de ejecución o las excepciones permitidas en el art.55 CAAS. Igualmente se conseguiría un fortalecimiento del principio de reconocimiento mutuo ya que es posible que las medidas propuestas permitieran eliminar algunos de los motivos de no ejecución de las resoluciones judiciales de otros Estados miembros que en la actualidad se recogen en los instrumentos de la Unión.

IV.- VALORACIÓN GENERAL

No se puede sino compartir la intención de la Comisión de identificar medidas que permitan mejorar la aplicación del principio de *non bis in idem* y evitar que una misma persona pueda verse imputada en procesos penales simultáneos por los mismos hechos en varios Estados miembros. El funcionamiento de este principio está estrechamente vinculado al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de las personas. Hasta ahora España se ha mostrado favorable a un amplio reconocimiento del principio, como lo muestra el que no hiciera uso de la posibilidad de formular excepciones al mismo que contenía el CAAS. Partiendo de esta postura favorable, será necesario no obstante asegurarse de que las medidas propuestas representan realmente un valor añadido.

En este sentido, la Comisión parece distinguir dos campos distintos, que son la resolución de conflictos de jurisdicción positivos y el principio *non bis in idem*, y, por otro lado, condicionar la mejora del segundo al avance en el tratamiento del primero. Incluso llega a utilizar el argumento, hasta cierto punto falaz, de que establecido un sistema de elección equilibrada de jurisdicción, desaparecería la necesidad de aplicar el principio de *ne bis in idem*. Por el contrario, ambos aspectos son complementarios y suelen considerarse como las dos vertientes "sustantiva y procesal", del principio *ne bis in idem*, que en sentido amplio se concreta no solo en la prohibición de una doble sanción sino también de un doble enjuiciamiento. Si ambos mecanismos coexisten a nivel interno, no podría ser de otro modo

a nivel internacional. Y es posible y necesario avanzar tanto en el establecimiento de normas de competencia como en la concreción del contenido del principio *non bis in idem*.

Partiendo de lo anterior, es cierto que no existen normas comunes en materia de competencia jurisdiccional o que establezcan un mecanismo para solucionar conflictos de jurisdicción en la UE. Pero no lo es menos que ya funciona en la Unión un mecanismo de coordinación entre autoridades judiciales a través de Eurojust que, como se desprende de sus informes de actividad, ya ha permitido la toma de decisiones sobre centralización de investigaciones y procedimientos penales. Debemos por tanto preguntarnos qué aspectos del procedimiento de "asignación de jurisdicción" propuesto en el Libro Verde tienen algún valor añadido, y si al formalizar este procedimiento en un instrumento normativo estaríamos prejuzgando de algún modo la creación de un futuro procedimiento vinculante de "resolución de conflictos". El carácter novedoso de esta propuesta obliga a examinarla con cautela puesto que tiende a formalizar un procedimiento intrínsecamente "informal" (basado en la "transacción" y en una serie de criterios "variables según el caso concreto") en cierta medida ajeno a nuestra tradición y sistema jurídico actual.

Por otro lado, a nadie escapa la complejidad no sólo política sino también técnica del contenido del principio de *non bis in idem*, que dista de ser pácifico incluso a nivel interno. Pero ello no debería llevarnos automáticamente a renunciar a toda posibilidad de estudiar la definición, aclaración o armonización de algunos aspectos. En cualquier caso, el carácter altamente abstracto del Libro Verde convierte en prematura cualquier elucubración general sobre su posible incidencia en el ordenamiento jurídico español.

Por tanto, debe compartirse el interés por desarrollar medidas que mejoren la aplicación y funcionamiento entre los Estados miembros del principio "*non bis in idem*", estrechamente vinculado con el establecimiento de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Ahora bien, entendemos que tales medidas deberían, de un lado, responder a un objetivo claro y coherente y representar un verdadero valor añadido respecto a mecanismos que ya existen. De otro lado, el avance en este campo debería hacerse sin menoscabo de los pilares de nuestro sistema jurídico y de la protección que en él se otorga a los derechos fundamentales y a los derechos de las víctimas.

En este sentido, resultaría imprescindible analizar el problema a la luz de las diversas tradiciones jurídicas y sistemas penales de los Estados miembros: la aplicación del principio de oportunidad o sólo el de legalidad en el ejercicio de la acción penal; las facultades instructoras de las Fiscalías; la existencia o no de la figura del juez instructor; el posible ejercicio de la acción penal por la víctima o por otros interesados; la facultad de disposición de la jurisdicción; los criterios reglados o facultativos de atribución de competencia jurisdiccional. Un enfoque acertado de la reflexión que se pretende iniciar por la Comisión exigiría contemplar esta diversidad y sus distintas variantes, antes de dar por sentado principios, mecanismos y facultades de actuación que pueden ser ajenos a la tradición jurídica de muchos Estados miembros.

Por otro lado, la propuesta de la Comisión parece optar por atajar un problema concreto -la potencial persecución del mismo delito en más de un Estado miembro y su inci-

dencia sobre el derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos sin proponer un enfoque sistemático sobre el sistema institucional de Justicia Penal Europea nos dirigimos.

Aunque luego las propuestas de medidas concretas hayan de optar por un enfoque gradual y equilibrado entre los distintos sistemas nacionales, el Libro Verde y la reflexión que abre son el momento adecuado para realizar ese tipo de reflexión general, sin dejarse llevar por la tentación de buscar una solución que, a medio y largo plazo, no sea congruente con un sistema.

Al hilo de lo anterior, es positivo buscar soluciones al problema concreto de evitar procedimientos penales paralelos, siempre que el sistema que se defina, en su conjunto, refleje una serie de principios básicos. Entre otros, estos principios serían: la necesidad de establecer unos criterios precisos de competencia jurisdiccional; el rechazo a fórmulas de resolución meramente informales; la necesidad de regular específicamente la suspensión, traslado y archivo de los procedimientos penales por seguirse el procedimiento en otro Estado miembro con competencia preferente para la persecución del mismo delito; la creación de un verdadero mecanismo de resolución de conflictos; la protección de las víctimas en este tipo de procedimientos; la consideración de que litispendencia y el *non bis in idem* son mecanismos de protección complementarios y no excluyentes, de suerte que la mejora de uno de estos mecanismos nunca podría implicar la desaparición del otro. Además, aunque el Libro Verde no aborda esta cuestión, consideramos imprescindible delimitar restrictivamente el ámbito de futuras propuestas a una serie de delitos determinados, aquellos que tengan relación con la delincuencia grave y transnacional.

Por último, tanto la articulación de un sistema de prevención y resolución de conflictos de jurisdicción, como la regulación del principio de *ne bis in idem*, deben tener un sentido diferente en el marco de las relaciones entre los Estados miembros de la UE, comprometidos a crear un verdadero espacio judicial común, que con otros países, aunque sean miembros del Consejo de Europa o se tengan con ellos relaciones privilegiadas.

Así lo aconsejan la mayor integración y confianza de sus sistemas jurídicos pero, también o sobre todo, la realidad a la que está llamado a responder el sistema judicial en uno y otro caso: un espacio sin control en las fronteras internas y ciudadanos europeos que circulan libremente y sin restricciones, frente a un espacio exterior respecto del que hay un frontera común europea.

Lógicamente, el ejercicio que inicia el Libro Verde debe limitarse a la articulación de los conflictos jurisdiccionales en el ámbito interno del Espacio Judicial Europeo.

V.- LAS PREGUNTAS DEL LIBRO VERDE EN MATERIA DE CONFLICTO DE JURISDICCIÓN Y MECANISMO DE ELECCIÓN DE LA MISMA

En el Libro Verde se formulan hasta 24 preguntas que servirán de base para la discusión. En realidad las 13 primeras están relacionadas con la litispendencia o "mecanismo de elección de jurisdicción", y las restantes con el *non bis in idem*.

(1) ¿Es necesaria una disposición de la UE que establezca que la legislación nacional permitirá suspender un procedimiento en razón de los procedimientos en curso en otros Estados miembros?

Evidentemente una disposición de este tipo tendría indudable valor añadido. De nada serviría establecer un sistema de atribución de jurisdicción o de resolución de conflictos de jurisdicción cuando hubiera procesos paralelos abiertos en varios Estados, si luego el Juez o Fiscal interno carece de base legal para dictar, en este caso, una resolución fundada de archivo.

La Comisión, al describir el "mecanismo de atribución de jurisdicción" dice que si hay acuerdo entre órganos judiciales uno de ellos archivará el proceso según sus propias disposiciones nacionales. Una disposición de la Unión aseguraría esta posibilidad obligando a los Estados miembros a adoptar disposiciones al efecto, incluso aquellos como España, cuyos sistemas se basan en el principio de legalidad y que por tanto encontrarían en principio más dificultades para interrumpir el procedimiento penal por meras consideraciones de oportunidad.

Actualmente, estamos asistiendo en la práctica a inhibiciones de órganos jurisdiccionales españoles a favor de la jurisdicción de otros Estados, incurriendo a nuestro modo de ver en dos errores manifiestos. Por una parte, llamar inhibición a algo que no lo es, porque realmente no se traslada el asunto al juez extranjero por falta de competencia del juez español, sino por otro tipo de condicionamientos de oportunidad. Y, por otro, la utilización precisamente de criterios de oportunidad en materia de competencia y jurisdicción, materia de orden público que debe estar regida por normas o criterios de atribución exclusivos y excluyentes, que conlleven, basándonos en la legalidad de una normativa europea, una posible cesión de nuestra jurisdicción que debe preverse para un tipo de delincuencia muy determinada de carácter transnacional.

Esta normativa europea con normas de atribución imperativas implicaría además, de cara a nuestro ordenamiento interno, la necesidad de reflexionar sobre cuestiones como la tutela judicial efectiva, el ejercicio de la acción popular o la garantía a la víctima en torno al ejercicio de la acción civil.

(2) ¿Debe existir un deber de informar a otras jurisdicciones sobre los procedimientos en curso o previstos cuando existan vínculos significativos con esas otras jurisdicciones? ¿Cómo debe intercambiarse la información sobre los procedimientos en curso, las resoluciones definitivas y otras resoluciones relacionadas?

En principio incluso podría parecer superfluo que las jurisdicciones se informen entre sí de forma general, ya que podría parecer que el propio imputado contra el que se dirigiesen procesos simultáneos se encargaría de ponerlo de manifiesto y alertar a la segunda jurisdicción. No obstante, la falta de armonización de las legislaciones de los Estados miembros desmiente esta conclusión. Podría ser que al imputado le interesase ser procesado una segunda vez, precisamente para obtener una resolución que siéndole más favorable, hiciera jugar a su favor el principio del *ne bis in idem*. Por ejemplo, y a la vista de la juris-

prudencia TJCE podría preferir llegar rápidamente a un acuerdo transaccional penal con el Ministerio Fiscal para el pago de una pena pecuniaria en el segundo proceso y librarse de una pena más grave o de distinta naturaleza en el otro Estado miembro que primero abrió un procedimiento)¹⁴.

Por tanto, si parece necesario introducir un sistema de información entre jurisdicciones, pero los términos que sugiere la Comisión resultan excesivamente amplios. Para poder establecer un deber de informar convendría al menos aclarar los siguientes aspectos:

a) definir qué se entiende por "vínculos significativos", que, por ejemplo, podrían ser cuando el imputado sea nacional de otro EM, o cuando se trate de delitos para los que se haya establecido el principio de universalidad a nivel de la Unión, etc, o posiblemente los que reflejan los foros clásicos de atribución de jurisdicción (territorialidad, personalidad, protección de intereses y universalidad que se recogen en el art.23 de nuestra LOPJ);

b) definir la extensión objetiva, es decir sobre que resoluciones recaería el deber de información así como la extensión temporal de la misma;

c) posiblemente, establecer la obligación de informar a petición de otra autoridad judicial, de forma similar a lo dispuesto en el art.57 CAAS. Dicho artículo permite cuando al acusar a una persona por un delito existan "razones para pensar" que ya ha sido condenado por los mismos hechos en otro Estado, solicitar de las autoridades de éste la información relevante. La obligación general de informar "ad cautelam" de datos relativos a procedimientos en curso parece de un lado difícil de articular, ya que habría que determinar a quién se comunica si ni siquiera se sabe si hay o no otro procedimiento en curso, o quién va a encargarse de esta comprobación; y de otro lado desproporcionada en relación con el objetivo (del que no existe ninguna estimación cuantitativa) y tendente más bien a la creación de un registro europeo de procedimientos judiciales, con los problemas que ello plantea.

En cualquier caso para hacer efectivo el intercambio de información convendría usar cauces ya existentes: de un lado Eurojust, (sin olvidar que su ámbito de competencia no es general) y de otro lado especialmente los puntos de contacto de la EJN si la comunicación va a ser directa de autoridad judicial a autoridad judicial.

(3) ¿Debe existir el deber de debatir con los Estados miembros que tienen vínculos significativos con el asunto?

(4) ¿Es necesario un modelo comunitario de acuerdo obligatorio entre las autoridades competentes?

(5) ¿Debe existir un sistema de mediación/solución de controversias para los casos en que el debate directo no conduzca a un acuerdo? ¿Qué órgano parece ser el más adecuado para mediar en los conflictos de jurisdicción?

¹⁴ STJCE en el caso Gözütütk y Brügge

En realidad estas tres preguntas plantean como cuestión común y previa la conveniencia de avanzar en la plasmación normativa de un supuesto mecanismo de solución de "conflictos positivos de jurisdicción" que en realidad no es tal, y de imponer, en relación con el mismo a las autoridades judiciales, "obligaciones" de debatir entre ellas sobre su jurisdicción, someterse a mediación o ceder su jurisdicción a través de un modelo de acuerdo obligatorio. El "deber de debatir" podría más bien reconducirse al intercambio de información. Parece adecuado que el contacto se realice directamente entre las autoridades concretas que podrían estar conociendo de procesos sobre la misma persona, sin perjuicio de las dificultades prácticas que este diálogo directo entre autoridades judiciales de diferentes Estados miembros puede suscitar y para lo que podría recabarse ayuda de otros órganos o estructuras de la Unión.

La necesidad y eficacia de un modelo comunitario de acuerdo de este tipo es cuestionable. La Comisión pretende que este acuerdo vincule a las autoridades judiciales de los Estados e impida reabrir con posterioridad las discusiones sobre la jurisdicción. Sin embargo parecería que este efecto debería conseguirse en cada Estado mediante la resolución judicial por la que se archive el procedimiento con arreglo a la legislación nacional, máxime cuando tal posibilidad se introduzca en las legislaciones como causa de archivo conforme a la pregunta primera. La naturaleza de este acuerdo, que la Comisión entiende que podría ser recurrible por las partes y contener las condiciones en que podría ser denunciado por una de ellas para reabrir el proceso, es incierta, como lo es su carácter aparentemente facultativo y aplicable al caso concreto, en lugar de introducirse este tipo de efectos por vía de una disposición de carácter general o bien estar a la legislación interna de los Estados miembros (por ejemplo los recursos contra la decisión de archivo, en lugar de crear un sistema propio de revisión de un acuerdo ad hoc).

Finalmente el supuesto sistema de mediación no es, como se ha dicho antes, ninguna novedad, pues una serie de Decisiones Marco se refieren a él (algunas mencionando expresamente la posibilidad de acudir a Eurojust,) pero en todo caso como mecanismo de cooperación facultativo al que los Estados pueden o no recurrir. No parece en este momento justificada ni necesaria la extensión de las funciones de Eurojust, que ya realiza estas labores, a todos los delitos ni invertir en la creación de otro órgano de mediación, habida cuenta de que ésta no servirá para resolver verdaderos conflictos, en caso de que se planteen.

(6) Aparte de la mediación/solución de controversias, ¿son necesarias otras etapas a largo plazo, como la decisión de un órgano a nivel de la UE?

En realidad la única forma de resolver los conflictos de jurisdicción sería residenciar en un órgano a nivel de la UE, preferentemente el Tribunal de Justicia, aunque esta solución demoraría la respuesta al caso enormemente (téngase en cuenta que actualmente las cuestiones prejudiciales se están resolviendo en un plazo medio de dos años) la facultad de tomar decisiones de carácter vinculante y conforme a criterios de atribución de competencia jurisdiccional previamente determinados.

Parece necesario, en la lógica de defensa de fórmulas no meramente informales de resolución del conflicto jurisdiccional, buscar un verdadero órgano de resolución de con-

flictos. El Tratado Constitucional atribuía esta función, al menos en primera instancia, a Eurojust, al tiempo que preveía la posible creación de una Fiscalía Europea "a partir de Eurojust". Al margen de la cuestión sobre el "estado y futuro" Tratado constitucional, convendría reflexionar sobre lo acertado de este planteamiento institucional para ver si es posible dar a EUROJUST ese papel si, al mismo tiempo, no se adoptan a escala de toda la Unión, las medidas necesarias para configurarlo como un órgano más próximo a las funciones jurisdiccionales que lo que es en este momento. De otro lado, habría que analizar la oportunidad de concentrar en un mismo órgano funciones propias de una fiscalía o de un órgano de instrucción penal, como la práctica de diligencias de investigación, con las que tienen claro carácter resolutorio, caso de la resolución de conflictos de jurisdicción, ya que podría plantearse un potencial "conflicto de intereses" entre estas dos facetas.

Por tanto, la contestación a esta pregunta, quizás, debería plantear, por una parte, la necesidad de reflexionar sobre la idoneidad de la atribución a Eurojust de funciones de naturaleza tan diversa como son la persecución de un delito y la resolución de conflictos de jurisdicción. Y, de otra parte, la respuesta debería recordar que no es posible residenciar en el Tribunal de Justicia este tipo de conflictos si no se adoptan medidas procesales, y probablemente institucionales (creación de una Sala especializada), complementarias.

(7) ¿Qué tipo de mecanismo de control jurisdiccional o de recurso sería necesario y adecuado en materia de asignación de jurisdicciones?

En principio, parecería correcto mantener el mecanismo de control propio de cada Estado, es decir los recursos que internamente procedan contra la resolución de que se trate, que interrumpa, provisional o definitivamente, uno de los procedimientos judiciales concurrentes. Igualmente, las partes deberían ser oídas conforme a las normas propias de cada Estado miembro si se prevé su intervención en el proceso antes de tomar una decisión, (por ejemplo si tras solicitar información se confirma de que existe otro procedimiento en curso el órgano judicial podría recabar la opinión de las partes y el Ministerio Fiscal antes de decidir si archiva el caso).

(8) ¿Se necesita una norma o un principio que exija la interrupción o terminación de los procedimientos paralelos en la UE? En caso afirmativo, ¿en qué fase del procedimiento se aplicaría?

A diferencia de la pregunta (1), se acentúa el carácter obligatorio de esta norma o principio, en otras palabras la pregunta parece referirse a si se debe establecer o declarar expresamente el principio *ne bis in idem* en su vertiente procesal. Se puede contestar por tanto afirmativamente. En cuanto al momento en que se aplica, por un lado debería haberse iniciado un procedimiento ante autoridad judicial (es decir haber superado la fase de investigación preprocesal), aunque convendría imponer como momento inicial el de la imputación a instancia de Fiscal o del Juez instructor y como momento preclusivo podría señalarse como ocurre en nuestro ordenamiento el del inicio de las sesiones del juicio oral.

(9) ¿Se necesitan normas sobre la consulta o transferencia de procedimientos en relación con terceros países, especialmente con los que son miembros del Consejo de Europa? ¿Qué enfoque debería adoptarse al respecto?

Sin perjuicio de los instrumentos internacionales que puedan adoptarse en relación con terceros países, se propugna un enfoque restrictivo. El reconocimiento del principio de *ne bis in idem* se está desarrollando en el marco de la Unión en estrecha vinculación con el objetivo de la creación de un espacio de libertad seguridad y justicia y el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, por tanto con base en la confianza mutua en los sistemas judiciales de los 25 Estados miembros.

Tanto la articulación de un sistema de prevención y resolución de conflictos de jurisdicción, como la regulación del principio de *ne bis in idem*, deben tener un sentido diferente en el marco de las relaciones entre los Estados miembros de la UE, comprometidos a crear un verdadero espacio judicial común, que con otros países, aunque sean miembros del Consejo de Europa o se tengan con ellos relaciones privilegiadas.

Así lo aconsejan la mayor integración y confianza de sus sistemas jurídicos pero, también o sobre todo, la realidad a la que está llamado a responder el sistema judicial en uno y otro caso: un espacio sin control en las fronteras internas y ciudadanos europeos que circulan libremente y sin restricciones, frente a un espacio exterior respecto del que hay un frontera común europea.

El ejercicio que inicia el Libro Verde debe limitarse pues a la articulación de los conflictos jurisdiccionales en el ámbito interno del Espacio Judicial Europeo.

(10) El futuro instrumento sobre conflictos de jurisdicción ¿deberá incluir una lista de los criterios aplicables para elegir la jurisdicción?

(11) Aparte de la territorialidad, ¿qué otros criterios se recogerían en esa lista? ¿Debe ser una lista exhaustiva?

(12) ¿Considera usted que es preciso que la lista también incluya factores que no deberían considerarse relevantes para la elección de la jurisdicción adecuada? En caso afirmativo ¿cuáles?

(13) ¿Es necesario, factible y adecuado fijar un orden de prioridad de los criterios para determinar la jurisdicción? En caso afirmativo, ¿cree usted que la territorialidad debería ser un criterio prioritario?

Las preguntas 10 a 13 se refieren a los "criterios" para la determinación de la competencia jurisdiccional. La Comisión parece inclinarse por una enumeración no vinculante de numerosos criterios que pueden ayudar "caso por caso" a determinar cual es la jurisdicción más adecuada¹⁵, lo que explica la dicción de la pregunta 12.

¹⁵ Dentro de los Criterios para determinar "qué jurisdicción debe asumir la función enjuiciadora", elaborados en el seno de Euro-just, se mencionan aspectos tan dispares como el lugar donde se realice la mayor parte de la actividad delictiva o se sufran las ma-

Una postura más acorde con nuestro sistema jurídico y con la postura favorable a dotarnos de medios que de verdad sirvan para resolver estos conflictos, lleva a propugnar, en efecto, un sistema de lista exhaustiva y lo más precisa posible, de los criterios aplicables ordenados por orden de prioridad, entre ellos el de territorialidad. Por tanto, y teniendo en cuenta que esta cuestión afecta directamente al derecho al juez legal predeterminado por la ley, estos criterios deberían ser preceptivos y no meramente orientativos.

En congruencia con lo señalado en páginas anteriores, convendría incidir en la necesidad de contar con unos criterios claros de determinación de la competencia de las distintas jurisdicciones. En realidad, la aprobación de esos criterios de competencia constituye un presupuesto al intento de coordinación o concentración de los procedimientos penales y no un elemento secundario, como se plantea en el Libro Verde.

Los criterios para la determinación de la competencia jurisdiccional no deberían tener un mero carácter orientativo. El establecimiento de unos puntos de conexión meramente orientativos o el criterio genérico de los "vínculos significativos" puede suponer, en muchos casos, una invitación al *forum shopping* penal que se compadece mal con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y con el principio de seguridad jurídica. Aunque ello sea de por sí ya discutible, los efectos negativos de ese enfoque se agravan si se tienen en cuenta las posibilidades que se abren a la parte acusada de provocar la apertura de un procedimiento en otros Estados (querellas artificiosas, autodenuncia, una práctica procesal conocida en España, por ejemplo, para detener investigaciones aún no judicializadas de la Fiscalía anticorrupción).

Los criterios de conexión entre el delito y la competencia jurisdiccional tienen que ser por tanto claros y objetivos.

VI. LAS PREGUNTAS DEL LIBRO VERDE EN MATERIA DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

(14) *¿Es necesario revisar las normas de la UE sobre el principio non bis in idem?*

Si se sigue la línea de apoyar el reconocimiento pleno del principio, puede apoyarse también la revisión de las normas para mejorar su aplicación, a la luz de los numerosos casos relacionados que se vienen planteando ante el TJCE.

yores pérdidas; el principio de rapidez y agilidad; el interés de las víctimas y el perjuicio que pueda causarles cada una de las opciones jurisdiccionales; el lugar donde se encuentre el imputado; la disponibilidad y adecuación del material probatorio para su aceptación y utilización en el proceso judicial; el "poder sentenciador" de la jurisdicción o el coste del procedimiento. Se parte del principio de que cada caso es único y debe resolverse teniendo en cuenta "todos los factores que se consideren pertinentes".

¹⁶ Así, la Sentencia dictada por el TJCE el 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados Gözutok/Brügge, en que se examina si los acuerdos transaccionales penales de la fiscalía producen este efecto. El TJCE concluye que cuando la acción pública se extingue definitivamente en un Estado parte a resultas de este tipo de procedimiento, debe considerarse que la persona de que se trate ha sido "juzgada en sentencia firme", en el sentido del artículo 54 CAAS y ello impide abrir un nuevo enjuiciamiento penal en otro Estado parte, igual que sucede con las sentencias de órganos propiamente judiciales. Recuerda el Tribunal que ni las disposiciones del Título VI del TUE ni el Acuerdo de Schengen o el CAAS supeditan la aplicación del artículo 54 al requisito de que se armonicen o aproximen las legislaciones penales de los EEMM en el ámbito de los procedimientos de extinción de la acción pública.

(15) ¿Está usted de acuerdo con la siguiente definición del alcance del principio non bis in idem?: "una resolución en materia penal adoptada por un órgano jurisdiccional o que ha sido recurrida ante dicho órgano"

El problema podría derivar de la posibilidad de que cubriera infracciones administrativas o dictadas por una autoridad administrativa. España ha defendido en este punto una postura restrictiva, de aplicación del principio a delitos y decisiones penales, dictadas por un órgano jurisdiccional, entendiéndose por tales jueces o fiscales.

La trascendencia de las resoluciones sancionadoras administrativas a efectos de *ne bis in idem* ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional y el Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (no ratificado por España).

Sin embargo, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 2/2003, de 16 de enero, apoyada en doctrina del TEDH, la posición española debería tratar de asegurar la prevalencia del "orden penal", de modo que la sanción administrativa no impida el proceso penal posterior aunque sí debe condicionar, según la sentencia, la sanción impuesta. Aunque la sentencia se refiere a un mero caso "interno" sería incongruente que un procedimiento administrativo extranjero impidiera un procedimiento penal español, cuando tal efecto no lo produce el procedimiento administrativo interno.

(16) ¿Está usted de acuerdo con la siguiente definición de "resolución definitiva"?: "... una resolución por la que se prohíbe un nuevo proceso penal con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro en el que se ha adoptado, a menos que esta prohibición nacional sea contraria a los objetivos del TUE."

(17) ¿Es conveniente que la definición de "resolución definitiva" prevea excepciones expresas? (por ejemplo, "una resolución por la que se prohíbe un nuevo procesamiento penal con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que se ha adoptado, a excepción de...")

La definición propuesta por la Comisión es un tanto confusa. Para empezar, no es que se la resolución prohíba sino que impide, con arreglo a la legislación nacional, un nuevo proceso penal. En segundo lugar, la expresión "resolución definitiva" quizá podría sustituirse por resolución firme. Parece que la Comisión trata de elaborar una definición sobre la base de las Sentencias del TJCE que se han pronunciado sobre el concepto "juzgada en sentencia firme" utilizado en el art.54 CAAS, y por tanto no utiliza ese término¹⁶. Finalmente, tampoco queda claro el sentido del último inciso que parece inspirado en la Sentencia del caso Miraglia¹⁷ ya que se diría que en sí no es la resolución que prohíbe un nuevo proceso penal la que puede ser contraria a los objetivos del TUE.

¹⁷ La Sentencia 10 de marzo de 2005 resuelve el asunto Miraglia en el que de forma paralela se habían iniciado dos procedimientos contra el imputado implicado en el transporte de heroína desde Países Bajos a Italia. El ministerio fiscal neerlandés no ejercitó la acción penal contra el imputado, basándose principalmente en la existencia de un proceso penal en curso en Bolonia, pero a su vez denegó la solicitud de asistencia judicial del ministerio fiscal italiano señalando que las normas procesales neerlandesas impedirían

perseguir los mismos hechos delictivos y prestar asistencia judicial a las autoridades extranjeras a menos que existieran nuevas pruebas contra el Sr. Miraglia. El TJCE entendió que el principio de *ne bis in idem* contenido en el artículo 54 del CAAS no es aplicable 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 mismo hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo".

¹⁸ El primer recurso prejudicial en el que se planteó al TJCE la interpretación del concepto "mismos hechos" a efectos del artículo 54 del CAAS fue el Asunto C-436/04, Van Esbroeck, en el que, textualmente, se planteaba al TJCE la siguiente cuestión: "*¿debe interpretarse el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en relación con el artículo 71 de este Convenio, en el sentido de que tienen la consideración de "los mismos hechos", a los efectos del referido artículo 54, los delitos de posesión para la importación y exportación que se refieren a los mismos estupefacientes y sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, y que son perseguidos como importación y exportación, respectivamente, en varios países signatarios del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen o en los que se ejecuta y aplica el acervo de Schengen?*". Recientemente se ha planteado la interpretación de la expresión "mismos hechos" al TJCE en el Asunto C-150/05, Van Straaten. En esta ocasión se formuló al TJCE la siguiente cuestión: "*¿Qué debe entenderse por los "mismos hechos" en el sentido del artículo 54 del CAAS? (¿Constituye el mismo hecho la tenencia de aproximadamente 1.000 gramos de heroína en los Países Bajos en el periodo del 27 al 30 de marzo de 1983 o alrededor de estas fechas y la posesión de aproximadamente 5 kilogramos de heroína en Italia el 27 de marzo de 1983 o en una fecha cercana a ésta, teniendo en cuenta que el lote de heroína en los Países Bajos formaba parte del de Italia? ¿Constituye el mismo hecho la exportación a los Países Bajos de un lote de heroína procedente de Italia y la importación en los Países Bajos del mismo lote originario de Italia, sabiendo también que los coacusados de Van Straaten en los Países Bajos y en Italia no son exactamente los mismos? Los actos en su conjunto, consistentes en poseer la referida heroína en Italia, exportarla desde Italia, importarla en los Países Bajos, tenerla en su poder en los Países Bajos, ¿constituyen unos "mismos hechos"?)". España apoyó una interpretación del artículo 54 del CAAS que garantizase la máxima amplitud posible a la jurisdicción de los tribunales españoles, permitiéndoles conocer del mayor número posible de asuntos, para lo cual era preciso dar una interpretación restrictiva a la expresión "mismos hechos". Sin embargo se decidió hacer una intervención general, sin entrar a fondo en la cuestión planteada. Por ello se alegó la inadmisibilidad de la cuestión planteada, por ser una cuestión que pretendía que fuese directamente el TJCE quien aplicase directamente al caso concreto el Derecho comunitario, y, subsidiariamente, se formularon algunos argumentos sobre una interpretación general del artículo 54 del CAAS.*

En el Asunto C-288/05, Kretzinger, se formuló, además de otras relativas al concepto de "ejecución" con relación al artículo 54 del CAAS, la siguiente cuestión: "*¿El enjuiciamiento penal se refiere a "los mismos hechos" en el sentido del art. 54 del CAAS, cuando un tribunal italiano condena a un acusado por la importación en Italia de tabaco extranjero de contrabando y por su posesión en ese país, así como por la omisión de pago de los derechos aduaneros de importación del tabaco, y más tarde un tribunal alemán lo condena, en relación con la previa recepción de la misma mercancía en Grecia, por receptación respecto a los derechos de importación (formalmente) griegos, que nacieron en el momento de la importación realizada por terceros, en la medida en que el acusado tenía la intención desde el principio de transportar la mercancía, una vez recibida en Italia, a Gran Bretaña a través de Italia?*"

Dado que ya se habían publicado las conclusiones del asunto Van Esbroeck, se consideró necesario entrar a fondo en la cuestión planteada, defendiendo que la expresión "mismos hechos" del artículo 54 del CAAS debía suponer una identidad de bienes jurídicos protegidos ante las dos jurisdicciones nacionales en juego, dado que, ante la ausencia de armonización de tipos penales, todo estado miembros tenía la legítima expectativa de que los bienes que había decidido proteger por vía penal, quedase efectivamente amparados en dicha vía.

Se señalaba que una interpretación excesivamente amplia de la expresión "mismos hechos" en el sentido del artículo 54 del CAAS puede llegar a resultar contraria a la lógica aspiración de cualquier Estado miembro a que sean aplicadas sus normas penales legítimamente aprobadas. En particular, cuando tales normas protegen determinados bienes jurídicos, cuyo amparo penal, por las circunstancias que sean, resulta de especial trascendencia para ese Estado.

En efecto, la inaplicación del ordenamiento penal de un Estado miembro que se producirá, por aplicación del principio *non bis in idem*, si se le niega la facultad de enjuiciar a una persona por la comisión de determinados hechos, debido a que los mismos han sido ya enjuiciados por las autoridades judiciales de un segundo Estado, sólo resultará admisible si, previamente, se ha comprobado que el bien jurídico que el primer Estado está interesado en proteger, ya ha sido amparado por la sentencia dictada por los tribunales del segundo. Por ello, a juicio de España, el concepto "mismos hechos" a efectos del artículo 54 del CAAS debe suponer no sólo la identidad material de los hechos, sino, además, la identidad del bien jurídico protegido.

(18) Además de los elementos mencionados en las preguntas 16 y 17, el examen previo del fondo de la resolución ¿debería ser decisivo para determinar si una resolución surte un efecto non bis in idem a nivel de la UE?

Si lo considerásemos decisivo puede que estemos limitando la aplicación del *non bis in idem* solo a la prohibición doble condena, y no a la prohibición de procedimientos paralelos. En ocasiones no se podrá evitar el examen del fondo para ver si se dan las identidades propias del principio.

En cualquier caso, la Comisión debería enfrentarse en este punto a una definición importante, que es lo que debe entenderse por "examen de fondo", es decir, si basta analizar alguno de los elementos constitutivos del delito o deberían analizarse todos ellos para poder entender que es una resolución sobre el fondo del asunto. Este es precisamente el asunto que se plantea el asunto Gasparini (C-467/04), ya que la Comisión entiende que una sentencia declarativa de la prescripción debe entenderse como sentencia de fondo, ya que analiza algunos elementos de fondo tales como la tipicidad de los hechos y elementos temporales del asunto, mientras algunos Estados miembros, entre ellos España, entienden que ello no es así ya que una sentencia de este tipo no analiza elementos esenciales del fondo, como la culpabilidad, reponsabilidad y antijuricidad.

(19) ¿Es factible y necesario definir el concepto de idem, o debería definirlo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?

La formulación de la pregunta deja entrever que la Comisión propugna esta última solución. Aunque precisamente por su importancia los Estados miembros deberían estar in-

En el Asunto C- 367/05, Kraaijenbrink, las cuestiones formuladas son las siguientes: "*Debe interpretarse el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, en relación con el artículo 71 de dicho Convenio, en el sentido de que los hechos delictivos consistentes en la adquisición, tenencia o entrega en los Países Bajos de cantidades de dinero en divisa extranjera procedentes del tráfico de estupefacientes (por los cuales la persona acusada ha sido perseguida y condenada en los Países Bajos por receptación intencional, en infracción del artículo 416 del Wetboek van Strafrecht -Código Penal-), que son distintos de los hechos delictivos consistentes en la conversión, en oficinas de cambio, de las mencionadas cantidades procedentes del tráfico de estupefacientes, obtenidas en los Países Bajos (hechos perseguidos en Bélgica en concepto de receptación y otros hechos relativos a objetos procedentes de la comisión de un delito, en infracción del artículo 505 del Código Penal), han de tener la consideración de "los mismos hechos" en el sentido del citado artículo 54 si el órgano jurisdiccional declara que están vinculados por una unidad de intención y, por tanto, jurídicamente constituyen un solo hecho?*"

En caso respuesta afirmativa a la primera cuestión: "*¿Debe interpretarse la expresión "no podrá ser perseguida por los mismos hechos", contenida en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en el sentido de que deben tener también la consideración de "los mismos hechos" hechos distintos que están vinculados por una unidad de intención y que, por tanto, constituyen un solo hecho, lo cual entraña que un acusado ya no puede ser perseguido por la comisión de un delito de blanqueo en Bélgica si ha sido condenado en los Países Bajos por otros hechos cometidos con un mismo propósito, sin perjuicio de cualesquiera otros hechos que hayan sido cometidos en el mismo periodo, pero que serán conocidos o perseguidos en Bélgica una vez la sentencia extranjera sea firme, o bien, en este caso, el órgano jurisdiccional que conozca del fondo puede imponer una pena adicional por estos hechos, teniendo en cuenta las penas ya impuestas, salvo si considera que éstas ya constituyen una punición justa por todos los delitos cometidos, y sin que el conjunto de las penas impuestas pueda superar el máximo de la condena más grave?"*"

España apoyaba también una interpretación restrictiva de la expresión "mismos hechos". Por ello las observaciones escritas presentadas defendían la misma postura apuntada en el asunto Kretzinger.

teresados en convenir una definición, no es menos cierto que la complejidad de este concepto se puso ya de manifiesto en las negociaciones de la iniciativa Griega, en las que España defendió su supresión y sustitución por una referencia a la jurisprudencia del TEDH.

El concepto del *idem* es junto con el anterior, objeto de la mayor parte de las cuestiones prejudiciales pendientes ante el TJCE. Ante él, España ha venido defendiendo una interpretación restrictiva de la expresión "mismos hechos" que garantizase la máxima amplitud posible a la jurisdicción de los tribunales españoles, exigiendo no sólo la identidad material de los mismos sino también la del bien jurídico protegido para asegurarse de que los bienes jurídicos que cada jurisdicción nacional había decidido proteger por vía penal quedasen efectivamente amparados por esta vía. Frente a esta postura parece que el TJCE podría inclinarse por una interpretación puramente fáctica, basada sólo en la identidad de los hechos sin atender al bien ni a la calificación jurídica. Por tanto, de contestar afirmativamente a la pregunta habría que definir a continuación si se sigue manteniendo tal postura y estar a las decisiones que el TJCE se dispone a tomar próximamente.

En relación con la definición del concepto de *idem*, conviene tener en cuenta que la construcción paulatina de un concepto jurisprudencial, a partir de la interpretación por el TJCE del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, se mueve dentro de los propios límites del Convenio que se interpreta. No puede afirmarse, por tanto, que el ejercicio legislativo propuesto por la Comisión aparezca superado por la jurisprudencia del TJCE, en la medida en que la eventual existencia de una definición normativa más precisa -en suma, de un mayor grado de programación normativa en el instrumento jurídico aplicable- podría alterar las pautas de interpretación construidas por el Tribunal.

Cosa distinta es que dicha labor normativa sea necesaria o deseable porque bien podría pensarse como mejor opción mantener el principio jurídico enunciado legalmente de forma genérica -vía el actual Convenio o la norma que le sustituya- abierto a una interpretación jurisprudencial flexible. Téngase en cuenta, por ejemplo, que no existe en nuestro derecho penal una delimitación normativa precisa del concepto *idem*. Por ejemplo, el artículo 23.2.c) de la LOPJ que contiene una regulación sustantiva del principio no contiene definición ninguna. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es también genérico aunque incorpore, respecto de la del CAAS, una alusión al "fundamento" de la sanción ("*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*")¹⁸.

(20) ¿Cree usted que existen situaciones en las que sigue siendo necesario mantener la condición de ejecución? En caso afirmativo, ¿cuáles son esas situaciones? En caso afirmativo ¿podría suprimirse esta condición si se establece un mecanismo para determinar la jurisdicción?

Hasta ahora la postura Española ha sido defender la supresión de las condiciones de ejecución, si se quiere conseguir valor añadido sobre el art.54 del CAAS. Durante las negociaciones de la propuesta griega, el Servicio Jurídico del Consejo consideró también que

el mantenimiento de esta condición sería una redacción contraria al art.50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Como se ha dicho anteriormente, se entiende que el establecimiento de un mecanismo de determinación de la jurisdicción y el juego del principio de *non bis in idem*, son aspectos que no se excluyen entre sí.

Con independencia de la posición mantenida en las negociaciones anteriores, al responder debería valorarse el criterio del Tribunal Supremo, contenido en su sentencia de 22 de diciembre de 2003 (RJ 2004/16) que, en aplicación, del artículo 23.2.c) LOPJ y del cambio de doctrina del Tribunal Constitucional, tras su sentencia 2/2003, antes citada, parece concluir que la existencia de una sentencia condenatoria extranjera por los mismos hechos no es obstáculo para un nuevo juicio en España, siempre que la pena impuesta en el extranjero sea deducida de la impuesta en España.

(21) ¿En qué medida pueden seguir justificándose las excepciones previstas en el artículo 55 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen? ¿Podrían suprimirse si se establece un mecanismo para determinar la jurisdicción, o considera usted que es necesario adoptar nuevas medidas para "compensar" la supresión de las excepciones en estas circunstancias?

España no formuló en su día excepciones al artículo 55. Sin embargo es muy difícil que los Estados puedan aceptar una supresión completa de las mismas. De nuevo, en tanto no exista un verdadero sistema obligatorio de atribución de jurisdicción será difícil pensar en la supresión de excepciones por esta causa, y aún en ese caso ambos mecanismos de protección son necesarios.

España no formuló excepciones en uso de lo previsto en el artículo 55 del CAAS, y su inaplicación por este motivo ha sido ratificada por el Tribunal Supremo en la sentencia antes referida. Ahora bien, de iniciarse un nuevo procedimiento legislativo sobre la materia será prácticamente imposible evitar que se vuelvan a proponer excepciones y que se autorice el recurso a ellas por todos los EEMM, y no sólo por los que han hecho uso hasta ahora. Así lo demuestran las negociaciones de la propuesta griega sobre *ne bis in idem* y, más recientemente, el debate llevado a cabo en el Grupo Cooperación Judicial Penal sobre las declaraciones efectuadas al CAAS por algunos Estados.

Abstracción hecha del impedimento que supone la no utilización de las declaraciones previstas en el artículo 55 CAAS, desde el punto de vista material la aplicación de alguna de ellas, en especial las referidas en los apartados b) y c), parece conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional español.

(22) ¿Debe ser el principio non bis in idem una razón para la denegación obligatoria de la asistencia judicial mutua? En caso afirmativo, ¿qué disposiciones normativas de la UE deberían adaptarse?

Así lo entiende la Comisión, sugiriendo como alternativa la posibilidad de aclarar este efecto en un instrumento horizontal, o bien la de alinear el texto de los instrumentos específicos (por ejemplo convirtiéndolo en razón de denegación obligatoria allá donde solo lo fuera facultativa). En todo caso, deberíamos partir de una definición clara de lo que en-

tendemos por *ne bis in idem*, y evitar efectos "perversos" similares al que entrañaba la denegación de asistencia en el caso Miraglia .

Conviene advertir que debe huirse de soluciones simplistas o generales. El principio de *ne bis in idem* no puede tener el mismo alcance en el caso del reconocimiento mutuo de una condena -sea una pena privativa de libertad o de otra naturaleza- que cuando se trata del reconocimiento mutuo de una orden de obtención de pruebas. En este segundo caso, tratándose de una resolución dictada en la fase de investigación no será siempre posible apreciar si se investigan los mismos hechos o no, ni cuál de los distintos procedimientos en curso va a continuar hasta el final (un buen ejemplo de los efectos perversos de enfoques simplificadores es el asunto Miraglia).

Por otro lado, las sentencias antes referidas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional parecen excluir el automatismo en la aplicación del principio que se deriva de una regulación basada en un motivo obligatorio de no reconocimiento.

(23) ¿Es necesario un enfoque más coherente sobre el principio non bis in idem en relación con los terceros países? ¿Debe diferenciarse entre miembros del Consejo de Europa y los demás países?

Damos aquí por reproducido los comentarios realizados a la pregunta 9 del Libro Verde, en relación con la necesidad de que la regulación que se haga afecte al entorno de la UE exclusivamente

(24) ¿Está usted de acuerdo en que con un mecanismo equilibrado para determinar la jurisdicción,

a) algunos motivos de no ejecución recogidos en los instrumentos de reconocimiento mutuo de la UE no serían necesarios, al menos en parte? ¿Cuáles sería esos motivos?

b) algunos motivos de no ejecución facultativa deberían convertirse en motivos de no ejecución obligatoria o viceversa? ¿Cuáles sería esos motivos?

Esta pregunta requeriría un estudio más detallado caso por caso. Como primera reacción, se puede reiterar que la conexión que establece la Comisión entre el desarrollo de un mecanismo "equilibrado" para determinar la jurisdicción y la mejora en el reconocimiento mutuo, podría hasta reflejarse en la práctica pero ello no supone necesariamente revisar o cambiar los instrumentos normativos o creer que ya no será necesaria la aplicación del principio de *non bis in idem*, pues se trata de mecanismos complementarios.

En las Decisiones Marco aprobadas en materia de reconocimiento mutuo existen varios motivos de denegación del reconocimiento y ejecución que están directamente vinculados con la inexistencia de reglas comunes de competencia jurisdiccional: la cláusula de territorialidad, la aplicación de la prescripción en el Estado de ejecución o el *ne bis in idem* en sus distintas manifestaciones.

La regulación de unos criterios de reparto de competencia jurisdiccional puede contribuir a eliminar los dos primeros motivos o, al menos, a atemperar su aplicación, sobre todo si se establecieran preferencias entre las distintas reglas de competencia.

El principio de *ne bis in idem* no podría ser eliminado totalmente, porque, para cierto tipo de resoluciones su aplicación es consecuencia de un derecho fundamental, pero en la práctica se vería reducido su alcance si existiera un sistema que evitara los "dobles procedimientos".