

parece dispuesto a conquistar gran parte del Derecho privado y del penal. Y ello es correcto precisamente en la *sociedad del riesgo*, pues la Administración del Estado, según su función más notoria, la de lograr el *bien común*—por lo tanto, sin responsabilidad sobre el bienestar individual fuera de un mínimo exigible para poder ser persona en condiciones de igualdad con sus congéneres, esto es, atenta al bienestar de *todos*— y tor- nar así viable la vida civilizada dentro de una organización social, precisa del ejercicio del poder de policía, incluso de medios de coacción directa, que le permitan operar ese bienestar común y prevenir los riesgos de la vida moderna mediante el control de múltiples actividades (salud pública o general, sustancias o mercaderías en el comercio, medicamentos, elabo- ración y consumo masivo de mercaderías, recaudación y subvención públicas). Por ello, me parece que un Derecho administrativo sanciona- dor, por supuesto *de intervención*, moderado en sus injerencias sobre la persona, que sólo opere con sanciones que, de demostrarse un error —para lo cual el Derecho procesal administrativo debe dar oportunidad judicial al perjudicado—, puedan ser fácilmente reparadas por el Estado de la mejor manera posible, representa, esquemáticamente, un principio de solución del problema: “no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro”⁶⁵.

e) Quizás la solución no consista en renunciar por tramos a la idea de un Derecho penal y procesal penal conforme a un Estado democrático de Derecho, en busca de acuerdos ficticios para preservar el brocardo básico que impone la máxima, según parecen sugerir varios, sino, por lo contra- rio, ella resida en “mostrar, conocer y discutir lealmente” los problemas reales⁶⁶, para hallar formulaciones actuales de los viejos principios que preserven la convivencia bajo el amparo de un Estado democrático de Derecho, ... si todavía ello es posible⁶⁷.

65. HASSEMER, Winfried, *idem*, p. 24 (versión castellana, p. 46, de la que me aparto mini- mamente por traducción propia del texto original en idioma alemán).

66. Cf. SOUER, Sebastián, *La formulación actual del principio “no hay delito sin ley previa”*, p. 285.

67. En este sentido trabaja, también, Córsova, Gabriela, doctoranda de mi cátedra, en su tesis doctoral sobre el principio *nemo tenetur*, en preparación (citado por el manuscrito).

DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: EL NE BIS IN IDEM PRAETORIANO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA*

John A. E. Verwaelt**
(Holanda)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El principio *ne bis in idem*. 3. El principio *transnacional (horizontal) ne bis in idem* en Europa. 4. *El ne bis in idem* como inicio del desarrollo de principios generales en el área de libertad, seguridad y justicia: Las sentencias Gözutok y Brügge del TJUE. 4.1. Hechos. 4.2. Fundamento jurídico y cuestiones preliminares. 4.3. La opinión del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer. 4.4. El razonamiento y la respuesta inter- pretativa del Tribunal. 5. Evaluación de la sentencia Gözutok y Brügge del TJUE. 6. El dibujo de cuestiones preliminares sobre el *ne bis in idem*. 6.1. *Ne bis in idem* y sentencia firme. 6.1.1. Sentencia C-469/03, *Miraglia*: *Tiene que haber un enjuiciamiento sobre el fondo*. 6.1.2. Sentencia C-150/05, *Van Straaten*: *Sentencia absoluta por falta de pruebas*. 6.2. *La definición del idem* y los criterios de decisión: sentencias *Van Esbroeck C-436/04*; *Van Straaten (C-150/05)*; *Gasparini (C-467/04)*; *Kretzinger (C-288/05)* y *Kraaijenbrink (C-367-05)*. 6.3. *Se puede considerar una absolución por la prescripción del delito como un idem*: *Gasparini (C-467/04)*? 6.4. *Sentencia firme y ejecución de la sanción*: *Kretzinger (C-288/05)*. 7. *Conclusión*.

1. Introducción.

Durante años el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha elaborado una serie completa de principios generales del Dere- cho comunitario, también en el área del Derecho penal y del Derecho procesal penal¹. Con la entrada en vigor de la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior (JAI) del tercer pilar mediante el Tratado de Maastricht, y la ampliación de la jurisdicción del Tribunal

* Este artículo fue publicado en M. de Hovos Sancho (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, 80-103.

** Catedrático de Derecho Penal Económico y Europeo, Facultad de Derecho, Utrecht (Holanda); Catedrático en el Colegio de Europa de Bruselas (Bélgica).

1. Ver por ejemplo el Asunto 80/86, *Kolpinghuis*, [1987] ECR 3969. Comenta este asun- to SEVENSTER, “Criminal Law and EC Law”, 29 CML Rev. (1992), 29-70.

de Justicia a los asuntos del tercer pilar que introdujo el Tratado de Ámsterdam, el Tribunal Europeo de la Unión Europea (TJUE)² tuvo la oportunidad de extender el ámbito de aplicación de los principios generales a nuevas áreas políticas más directamente relacionadas con los principios del proceso debido y los derechos fundamentales

Antes de la entrada en vigor de la cooperación en materias JAI conforme al tercer pilar, los Estados miembros elaboraron acuerdos *ad hoc* de cooperación en materias penales en el marco de la Cooperación Política Europea³. Pero el avance se produjo con el Acuerdo de Schengen de 1985. Francia, Alemania, y los tres países del Benelux acordaron una cooperación más próxima entre ellos en materia de migración, cooperación policial y cooperación judicial en materia penal, y la constitución de un Sistema de Información de Schengen (SIS). La cooperación Schengen funcionó muy bien y muchos Estados intergubernamentales de Schengen (UE) se incorporaron a ella. Los acuerdos intergubernamentales de Schengen de 1985 y 1990 y el acervo elaborado de Schengen⁴ han sido incorporados a la estructura de la UE mediante un Protocolo anexo al Tratado de la UE y al Tratado CE por el Tratado de Ámsterdam. Las disposiciones relativas al asilo, a la política de inmigración, etc. han sido integradas en el primer pilar (es decir, en el Tratado CE: Título IV), las disposiciones sobre la cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal en el tercer pilar. Sin embargo, se han acordado posiciones jurídicas especiales sobre la posibilidad de optar por incorporar a este ámbito respectivamente para el Reino Unido e Irlanda (que no están obligados por el acervo de Schengen), de abandono para Dinamarca, y para los países no integrantes de la Unión de Islandia y Noruega que son parte de la estructura Schengen.

La incorporación de Schengen en el derecho de la Unión incluyó también a los artículos 54 a 58 del Convenio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 (en lo sucesivo CAAS) sobre la aplicación del principio *ne bis in idem*. Estos artículos se incorporaron al Título VI del Tratado UE (disposiciones del tercer pilar) sobre la base jurídica de los artículos 34 TUE y 31 TUE⁵. El artículo 54 dispone: "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

2. Utilizo aquí la terminología más lógica del próximo Tratado de Lisboa, firmado por todos los Estados Miembros en diciembre 2007 y ahora en espera de ratificación.

3. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation* (Deventer, 1992), p. 345 and VERVAELE and KUP (Eds.), *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities* (Kluwer Law International, 2002).

4. Una visión detallada del acervo Schengen puede verse en Council of the EU, "The Schengen Acquis integrated into the EU" (1999), disponible en <http://ue.eu.int/jai/default.asp?lang=en>, último acceso el 21 de marzo de 2004.

5. 1999/436/CE: Decisión del Consejo, de 20 de mayo de 1999, *Diario Oficial* n° L 176 de 10/07/1999 p. 0017 - 0030.

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". El artículo 55 contiene excepciones a la regla del *ne bis in idem*, pero deben plantearse formalmente en el momento de la firma o ratificación. Una de las posibles excepciones es que los actos hayan tenido lugar total o parcialmente en su propio territorio. Otro artículo importante en este contexto es el artículo 58 que señala que las disposiciones nacionales pueden ser más amplias e ir más allá de las disposiciones Schengen sobre el *ne bis in idem*, dando una protección más amplia.

El artículo 2 del Protocolo de Schengen dispone que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercerá las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables pertinentes de los Tratados. El Tratado de Ámsterdam ha ampliado la jurisdicción del TJCE a las cuestiones del tercer pilar, para pronunciarse entre otras cosas sobre la validez y la interpretación de las decisiones marco y de las decisiones así como de las medidas de aplicación. Los Estados miembros deben aceptar esta jurisdicción de acuerdo con el artículo 35(2) TUE y cuando acepten, según el artículo 35(3) TUE, pueden optar entre conceder la competencia para pedir al Tribunal que se pronuncie con carácter preliminar a cualquier órgano jurisdiccional o solo a aquellos órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial. Desafortunadamente, algunos estados (incluyendo España) han optado por la segunda opción y la mayoría de los nuevos estados miembros no han reconocido competencia alguna. Sin embargo la interpretación del TJUE tiene validez en todo espacio de la Unión, incluyendo en los países que no hayan reconocido la competencia.

2. El principio *ne bis in idem*.

El principio *ne bis in idem* es un principio general del Derecho (penal) en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, en ocasiones codificado al nivel constitucional, como la cláusula relativa al *ne bis in idem* (prohibición de la doble penalización - *double jeopardy*) de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. Históricamente se ha considerado que el principio *ne bis in idem* solo se aplica a nivel nacional y está limitado a la justicia penal. En relación con el contenido del principio, tradicionalmente se hace una distinción entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (nadie puede ser sometido a más de un proceso por el mismo delito) y *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito). Algunos países limitan el principio a la prohibición del doble castigo⁶. En cuanto a la do-

6. En este caso, todavía se puede considerar una doble persecución como una violación de los principios de una administración de justicia justa.

ble persecución, se discute mucho acerca del significado de persecución. ¿Incluye también la investigación judicial, o se limita al enjuiciamiento de los cargos imputados ante los Tribunales? En el último caso, algunos Estados tienen en el Derecho nacional disposiciones *una via*, que imponen a las autoridades el deber de optar en una cierta fase de la investigación entre un proceso penal o administrativo.

El fundamento del principio *ne bis in idem* es múltiple. Es claramente un principio de protección judicial para el ciudadano contra el *ius puniendi* del Estado, que forma parte de los principios del proceso debido y del juicio justo. Por otro lado, el respeto a la condición de *res iudicata* (*pro veritate habitus*) de la cosa juzgada en sentencia firme⁷ es importante para la legitimidad del sistema jurídico y la legitimidad del Estado.

El principio *ne bis in idem* plantea muchas cuestiones. La mayoría de la jurisprudencia de los Estados se refiere a la definición del *idem* y del *bis*. Para la consideración de lo que es lo mismo/*idem*: ¿Se ha de tener en cuenta la definición jurídica del delito o el conjunto de hechos (*idem factum*)? ¿Depende del alcance y de los bienes jurídicos protegidos por las disposiciones jurídicas? ¿Las personas físicas y las jurídicas son personas diferentes en cuanto a la aplicación del principio? ¿Se limita el alcance del principio a la doble sanción penal o incluye también otras sanciones punitivas a imponer conforme al Derecho privado o al Derecho administrativo? ¿Qué es una sentencia firme? ¿Incluye la absolución o el sobreseimiento del caso? ¿Qué significa la ejecución de una sentencia firme? ¿Incluye también las transacciones con la fiscalía o con otras autoridades judiciales? ¿El respeto del principio *ne bis in idem* impide un proceso o una sanción adicional (*Erdiedigungsprinzip*), o la autoridad puede imponer un segundo castigo tomando en consideración el primer castigo (*Anrechnungsprinzip*)? En los casos *Gözzitok* y *Brügge*, la discusión se limita al concepto de ejecución de una sentencia firme y a las transacciones.

El principio nacional *ne bis in idem* también se prevé como un derecho individual en los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14(7))⁸. El Convenio Europeo para la protección

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

8. El Comité Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el art. 14(7) no se aplica a las *res iudicata* extranjeras. UN Human Rights Committee 2 Nov. 1987. Los Países Bajos han formulado la siguiente reserva:

*Artículo 14, párrafo 7

El Reino de los Países Bajos acepta esta disposición únicamente en la medida en que no entrañe otras obligaciones distintas de las enunciadas en el artículo 68 del Código Penal de los Países Bajos y en el artículo 70 del Código Penal de las Antillas Neerlandesas, tal como se aplican actualmente. Estos artículos disponen: 1) Excepto en casos en que se prevé la revisión de las decisiones de los tribunales, nadie puede ser procesado de nuevo por

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) no contiene tal disposición y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos⁹ negó la existencia del principio como tal en el artículo 6 del CEDH, sin excluir sin embargo en términos absolutos que ciertas dobles persecuciones podrían violar el derecho a un juicio justo de acuerdo con el artículo 6 CEDH. La disposición fue elaborada en el Séptimo Protocolo al CEDH (art. 4), pero sólo una minoría de los Estados miembros de la UE han ratificado el Protocolo No. 7. Para Bélgica, Alemania y Países Bajos el Séptimo Protocolo no es vinculante. Sin embargo, la jurisprudencia podría servir de inspiración. La mayoría de los casos se refieren a la definición del *idem*. Después de algunas sentencias contradictorias¹⁰ sobre la aplicación del artículo 4 del Protocolo 7, el TEDH fijó su criterio en la decisión en el caso *Franz Fischer v. Austria*¹¹, basado en el *idem factum*; aunque en el caso de *Göktan v. France*¹² el Tribunal pareció confiar de nuevo el *idem* jurídico.

Aunque no hay ninguna decisión del TEDH sobre la definición de sentencias firmes ejecutadas y transacciones, en la jurisprudencia de Estrasburgo queda claro que el principio *ne bis in idem* no se limita sólo al doble castigo, sino que también incluye la doble persecución, lo que significa al mismo tiempo que el principio de "toma en consideración" (*taking into account*)¹³ no es suficiente para respetar el *ne bis in idem*. Esto subraya la importancia de cooperar a nivel de la investigación y de introducir disposiciones *una via* en lugar de disposiciones tendientes a evitar la acumulación de sanciones. Segundo, el *bis* también incluye la combinación de dos acusaciones penales en el sentido del artículo 6, lo que significa por ejemplo la imposición de una sanción punitiva penal y una sanción punitiva administrativa¹³.

un delito respecto del cual un tribunal de los Países Bajos o de las Antillas Neerlandesas haya dictado sentencia firme. 2) Si la sentencia ha sido dictada por algún otro tribunal, la misma persona no puede ser procesada por el mismo delito en los casos de I) absolución o desistimiento de la acción, II) condena seguida de ejecución completa, de remisión o de anulación de la sentencia."

9. European Commission on Human Rights, 13 July 1970, Application 4212/69, CDR 35, 151.

10. *Gradinger v. Austria* sentencia de 23 de octubre de 1995, Series A No. 328-C, y *Oliveira v. Switzerland* sentencia de 30 de julio de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, p. 1990.

11. *Franz Fischer v. Austria* de 29 de mayo de 2001, Series A No. 312 (C), confirmada en *W.F. v. Austria* sentencia de 30 de mayo de 2002 y *Sailer v. Austria*, sentencia de 6 de junio de 2002. Ver estas decisiones en <http://www.echr.coe.int/>.

12. *Göktan v. France*, sentencia de 2 de julio de 2002, <http://www.echr.coe.int>.

13. La *double jeopardy clause* de la Quinta Enmienda no está limitada al Derecho penal, sino que incluye las sanciones civiles y administrativas punitivas. Sin embargo, recientemente el caso principal *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), fue de nuevo un tanto limitado en *Hudson v. U.S.*, 522 U.S. 93 (1997); Ver también *Verweide*, "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos", *Actualidad Penal*, 1999, 291315.

3. El principio transnacional (horizontal) *ne bis in idem* en Europa¹⁴.

Muy pocos países reconocen la validez de las sentencias extranjeras en materia penal para su ejecución en el ordenamiento jurídico nacional sin tener como base un tratado. Incluso es problemático el reconocimiento de la condición de *res judicata* a una sentencia penal extranjera, desde luego cuando se encuentran involucrados delitos territoriales. El reconocimiento de una *res judicata* extranjera significa que queda excluida una nueva persecución o castigo (efecto negativo) o que la decisión se tiene en cuenta en el contexto del enjuiciamiento de otros casos (efecto positivo). Gran parte de los sistemas jurídicos del *common law* reconocen el efecto de *res judicata* de las sentencias extranjeras. En el sistema del *civil law* los Países Bajos ciertamente tienen la disposición más liberal y de más largo alcance. El Código penal holandés contiene una disposición general sobre el *ne bis in idem* que es aplicable a las sentencias nacionales y extranjeras, con independencia del lugar en que se haya cometido el delito¹⁵. El principio *ne bis in idem* es también importante como fundamento para rechazar la cooperación en los procedimientos de extradición, en las comisiones rogatorias judiciales, etc. Sin embargo, no hay ninguna regla de Derecho internacional que imponga el *ne bis in idem* internacional. La aplicación depende del contenido de los tratados internacionales. Aun cuando los Estados reconocen el principio *ne bis in idem* internacional, se pueden plantear problemas en las escenas transnacionales debido a las interpretaciones diferentes del principio respecto del *idem*, del *bis*, etc. (ver *supra*).

En Europa se han hecho esfuerzos desde la década de 1970, en el marco del Consejo de Europa, para introducir un principio *ne bis in idem* regional internacional. En este marco de cooperación, el principio *ne bis in idem* se aplica solo *inter partes*, esto significa que puede ser o debe ser aplicado entre los Estados en una solicitud concreta. No es considerado como un derecho individual *erga omnes*. *Ne bis in idem* se contiene como obligatorio en el Convenio del Consejo de Europa sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales de 1970 (arts. 53-57) y en el Convenio sobre transmisión de procesos penales de 1972 (arts. 35-37). Sin embargo, ambos Convenios 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 (art. 18, para 1e), ratificado por un gran número de firmantes, es opcional, pero algunas Partes Contratantes lo incluyeron en su declaración de ratificación como causa para negarse a dar cumplimiento a las solicitudes de cooperación.

14. SPOHR, *Die zwisehenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem* (Berlín, 1999).

15. Un comentario sobre el principio *ne bis in idem* del art. 68 del Código penal holandés puede verse en Baauw, "Ne bis in idem", en Swaer and Kur (Eds.), *International Criminal Law in the Netherlands* (MPI, Freiburg im Breisgau, 1997), pp. 75-84.

Los Ministros Europeos de Justicia eran totalmente conscientes de que la profundización y la ampliación de la Integración Europea también conllevaban un aumento del crimen transfronterizo y de la justicia transnacional en Europa. En el marco de la Cooperación Política Europea, antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht que contenía el tercer pilar sobre Justicia y Asuntos de Interior, elaboraron el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem* de 1987, que se refiere al principio *ne bis in idem* en una escena transnacional en la CE. El Convenio ha sido muy escasamente ratificado¹⁶, pero su contenido ha sido integrado en el CAAS, que por esta razón puede ser calificado como el primer convenio multilateral que establece un principio internacional *ne bis in idem* como un derecho individual *erga omnes*. Las disposiciones Schengen sirvieron como modelo para varias disposiciones *ne bis in idem* en los instrumentos UE sobre Justicia y Asuntos de Interior¹⁷, que es por lo que la sentencia del TJCE en los asuntos *Gözütok y Brügge* actualmente va más allá de las disposiciones CAAS. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus diversos protocolos contienen algunas disposiciones sobre el *ne bis in idem*¹⁸. Y también el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁹.

La importancia del principio *ne bis in idem* no está limitada ciertamente al tercer pilar UE. La CE tiene competencias administrativas sancionadoras en el campo de la competencia y muy amplios poderes para armonizar las sanciones administrativas nacionales en muchas políticas CE. El TJCE ha prestado atención al principio *ne bis in idem* en el campo de la competencia²⁰. De acuerdo con el Reglamento 17/62²¹, el TJCE ya señaló en el asunto *Walt Wilhelm*²² de 1969 que las dobles persecuciones, una por la Comisión y otra por las autoridades nacionales, se adecuaban al Reglamento y no violaban el principio *ne bis in idem*, puesto que el ámbito de las disposiciones normativas europeas y el de las nacionales era diferente. Sin

16. El Convenio relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem* ha sido ratificado por Dinamarca, Francia, Holanda y Portugal y se aplica provisionalmente entre ellos.

17. KOHNE, "Ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten", (1998) JZ, 876-880; SCHOMBURG, "Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung - Ein Zwischenbericht", (2000) NJW, 1833-1840 y VAN DEN WYNGAERT y STESSENS, "The international non bis in idem principle: Resolving some of the unanswered questions", (1999) ICLO, 786-788.

18. Ver art. 7 del Convenio, D.O. 1996, C 313/3.

19. D.O. 1997, C 195/1, art. 10.

20. W. Wils, "The principle of 'ne bis in idem' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis", 26 *World Competition* (2003), 000.

21. Reglamento 17/62, D.O. Edición especial en inglés: Serie I Capítulo 1959-1962 p. 0087 (Edición especial en español: Capítulo 08 Tomo 1 p. 0022).

22. Asunto 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 3.

embargo, si el resultado es la imposición de dos sanciones consecutivas, un requisito de justicia natural demanda que toda decisión punitiva previa deba ser tendida en cuenta para la determinación de cualquier sanción a imponer (principio de compensación - *Anrechnungsprinzip*).

El TJCE durante años ha construido una tradición antigua que confirma que el principio *ne bis in idem*, tal y como está recogido en el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, es un principio general del Derecho comunitario²³, que significa que no está limitado a las sanciones penales y se aplica en materia de la competencia. Sin embargo, parece que el TJCE limita el principio *ne bis in idem* a la doble sanción, y acepta el *Anrechnungsprinzip*. Este problema no ha sido resuelto en el nuevo Reglamento sobre la competencia 1/2003²⁴. Este Reglamento dispone que, junto con la Comisión Europea, las autoridades nacionales de la competencia aplicarán las normas europeas de la competencia, incluidas las reglas de aplicación (art. 35). La Comisión Europea y las autoridades nacionales formarán una red basada en la cooperación próxima. En la práctica, deben evitarse los conflictos de jurisdicción y los problemas con el *ne bis in idem* a través de las buenas prácticas de cooperación, después de las cuales las autoridades de la competencia pueden suspender o terminar sus procedimientos (art. 13). Sin embargo no hay ninguna obligación en esto, lo que significa que como tal no está excluida una doble persecución. Está bastante claro que la jurisprudencia del TJCE relativa al *ne bis in idem* internacional en los casos relativos a la competencia no está totalmente de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH sobre el *ne bis in idem* nacional, puesto que excluye la doble persecución del principio *ne bis in idem* y acepta el principio de "compensación" ("*taking into account*"), el *Anrechnungsprinzip*.

Finalmente, el principio *ne bis in idem* transnacional sólo tiene efecto en el territorio de la Unión. Esto significa que una empresa puede ser sancionada dos veces por violar diferentes normas de la competencia, por ejemplo por las autoridades de la competencia en EE.UU. y en Europa²⁵.

La norma del *ne bis in idem* también puede tener importancia en otros sectores en los que la CE tiene competencias sancionadoras, como por ejemplo en el área de la legislación europea sobre contratos públicos²⁶. La CE también ha armonizado ciertos regímenes sanciona-

dores en los Estados miembros. El paquete sobre la protección de los intereses financieros de la CE es un buen ejemplo. Los Estados miembros están obligados a imponer sanciones administrativas y penales por irregularidades y fraude. El artículo 6 del Reglamento 2988/95²⁷ dispone la suspensión de los procedimientos administrativos nacionales durante la tramitación de los procedimientos penales. Pero los procedimientos administrativos deben reanudarse cuando concluyan los procedimientos penales y la autoridad administrativa debe imponer las sanciones administrativas prescriptas, incluidas las multas. La autoridad administrativa puede tener en cuenta cualquier pena impuesta por la autoridad judicial a la misma persona en relación con los mismos hechos. Es obvio que estas disposiciones no reflejan el efecto total del principio *ne bis in idem*. El artículo 6 sólo dispone que la reapertura de los procedimientos administrativos después de los procedimientos penales puede evitarse mediante los principios jurídicos generales. El principio *ne bis in idem* debería impedir la reapertura si se refiere a las mismas personas y a los mismos hechos, pero el Reglamento no lo menciona explícitamente.

El *Corpus Juris*²⁸ sobre Derecho Penal Europeo no contiene una disposición específica sobre el *ne bis in idem* transnacional, aunque el artículo 17 aborda el problema en el marco del concurso de infracciones, en la medida en que estén implicadas dobles sanciones penales, o impone el principio "toma en consideración", en la medida en que una sanción penal se imponga con posterioridad a una sanción administrativa.

Finalmente, otra manera de regular el problema es evitar la doble persecución a nivel transnacional. Constituyen una necesidad los procedimientos de consulta transnacional. En algunos instrumentos UE se prescribe una consulta entre los Estados y se da prioridad a algunos criterios de jurisdicción²⁹. 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 las investigaciones judiciales en orden a evitar conflictos de jurisdicción y problemas relativos al principio *ne bis in idem*. Sin embargo, Eurojust³⁰ tiene que solicitar una decisión a los Estados miembros, y la competencia de Eurojust se limita a los delitos más graves

27. Reglamento 2988/95, D.O. 1995, L 312/1-4.

28. DELMAS-MARTY and VERVAELE (Eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. 1-4 (Intersentia, Antwerpen-Groningen, Oxford, 2000-2001).

29. Ver por ejemplo el art. 7(3) de la Decisión marco 2000/383/JAI sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, D.O. de 14.6.2000 L 140/1 y art. 3 de la Propuesta de Decisión marco relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, D.O. 2003 C 100/24.

30. Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, D.O. 2002, L 63/1.

23. Ver por ejemplo el Asunto 7/72, *Boehringer Mannheim v. Commission*, [1972] ECR 1281, y los asuntos acumulados C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et al. v. Commission (PVC)*, [2002] ECR I-8375.

24. Reglamento 1/2003, D.O. 2003, L 1/1-25, entró en vigor el 1 de mayo de 2004.

25. Asunto T-223/00, *Kyowa Hako Kogyo Co.*, sentencia de 9 de julio de 2003, nyr.

26. Arts. 93-96 del Reglamento 1605/2002, D.O. 2002, L 248/1-48 y art. 133 del Reglamento 2342/2002, D.O. 2002, L 357/1-71.

4. *El ne bis in idem* como inicio del desarrollo de principios generales en el área de libertad, seguridad y justicia: las sentencias Gözütok y Brügge del TJUE.

El CAAS ha constituido un importante hito para el establecimiento de un principio *ne bis in idem* internacional basado en un tratado multilateral. La interpretación del acervo Schengen en materia de *ne bis in idem* ha sido la primera ocasión para la TJEU a pronunciarse sobre el tercer pilar y sobre la el carácter jurídico de su derecho y los principios generales aplicables.

En los asuntos acumulados Gözütok y Brügge³¹, los tribunales nacionales plantearon al TJUE sendas cuestiones prejudiciales conforme al artículo 35 TUE sobre la interpretación del artículo 54 del CAAS, planteando interesantes cuestiones sobre la validez y el alcance de un principio esencial en materia de derechos humanos, el principio *ne bis in idem* (o la prohibición de la doble penalización - *double jeopardy**) en el contexto UE/Schengen. Al tratarse del primer caso, vamos a proceder a su examen de una manera más extensa.

4.1. Hechos.

El Sr. Gözütok, un nacional turco que residía desde hace varios años en los Países Bajos, era sospechoso de posesión de cantidades ilegales de drogas blandas. En el curso del registro de su establecimiento de comida rápida denominado "*Coffee and Tea house Schorpioen*" en 1996, la policía holandesa descubrió efectivamente algunos kilos de hachis y marihuana. Las diligencias penales contra el Sr. Gözütok se dieron por concluidas debido a que aceptó una denominada "*transactie*" propuesta por el Ministerio Fiscal holandés (transacciones ofrecidas por el ministerio fiscal en el marco de un procedimiento de extinción de la acción pública), tal y como dispone el artículo 74(1) del Código penal holandés: "Antes de que se inicie la fase oral, el ministerio fiscal puede establecer uno o varios requisitos para evitar acciones penales en relación con delitos, salvo aquellos que la ley sancione con penas privativas de libertad superiores a seis años, y faltas. El derecho a ejercitar la acción penal se extinguirá cuando el imputado haya cumplido tales requisitos". El Sr Gözütok abonó las sumas requeridas en este caso de 3000 NLG y 750 NLG. Las autoridades alemanas dirigieron su atención hacia el Sr. Gözütok como consecuencia de la comunicación de operaciones sospechosas llevada a cabo por un Banco alemán a la unidad de inteligencia financiera alemana, realizada

31. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01 (Petición de decisión prejudicial del *Oberlandesgericht Köln* y *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*): *Hüseyin Gözütok* (Asunto C-187/01) y *Klaus Brügge* (Asunto C-385/01), (2003) ECR I-5689.

en el marco de las obligaciones CE contra el blanqueo de capitales³². Las autoridades alemanas obtuvieron una amplia información de las autoridades neerlandesas sobre sus actuaciones ilícitas, y decidieron detenerle e imputarle por el tráfico de estupefacientes llevado a cabo en los Países Bajos. En 1997, el Juzgado de Primera Instancia de Aquisgrán (*Amtsgericht Aachen*) en Alemania declaró culpable al Sr. Gözütok y le condenó a una pena de un año y cinco meses de privación de libertad, suspendida de forma condicional. Tanto el Sr. Gözütok como la Fiscalía presentaron recursos de apelación. La Audiencia Provincial de Aquisgrán (*Landgericht Aachen*) sobreesayó el proceso penal iniciado contra el Sr. Gözütok porque de conformidad *inter alia* con el artículo 54 del CAAS la decisión de archivar definitivamente las diligencias penales adoptada por las autoridades neerlandesas vinculaba a las autoridades penales alemanas. En un segundo recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal Superior Regional (*Oberlandesgericht Köln*), el Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE una cuestión prejudicial con base en el artículo 35 TUE.

El Sr Brügge, un nacional alemán que vive en Alemania, fue acusado por las autoridades belgas de haber causado lesiones dolosas a la Sra. Leliaert en Bélgica, punibles conforme a lo dispuesto en varios artículos del Código penal belga. El Sr. Brügge se enfrentó a una investigación penal doble, una en Bélgica y otra en Alemania. En el proceso penal belga, el Tribunal de Distrito (*Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*) conocía tanto de los aspectos penales como civiles del caso, debido a que la Sra. Leliaert, como parte civil que a consecuencia de las lesiones resultó enferma y con incapacidad laboral, solicitó una indemnización por los perjuicios económicos y morales sufridos. En el curso de las diligencias de investigación practicadas en relación con los hechos por los que se le citó ante el Tribunal de Distrito de Veurne en Bélgica, el Ministerio Fiscal de Bonn (*Staatsanwaltschaft Bonn*) en Alemania le propuso al Sr. Brügge un acuerdo amistoso consistente en el pago de un importe de 1.000 DEM, de acuerdo con el parágrafo 153a, en relación con el parágrafo 153, apartado 1, segunda frase del Código de Procedimiento Penal alemán. El Tribunal de Distrito de Veurne decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial con base en el artículo 35 TUE.

* La traducción de esta expresión es ciertamente compleja. El Tribunal Supremo español se refiere a ella como "doble peligro de condena" (ver Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1996). Por su parte, la Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, utiliza en el considerando 1 de la versión inglesa la expresión "*the prohibition of double jeopardy*", que se traduce en la versión española como "prohibición de la doble penalización" [Nota del Traductor].

32. Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales *Diario Oficial* n° L 166 de 28/06/1991 pp. 0077 - 0083.

4.2. Fundamento jurídico y cuestiones preliminares.

En el asunto *Gözütok*, el Tribunal Supremo Regional alemán planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: "¿Se produce para la República Federal de Alemania el agotamiento de la acción penal, con arreglo al artículo 54 del CAAS, si, de conformidad con el Derecho de los Países Bajos, la acción penal por los mismos hechos está ya agotada en el ámbito nacional? ¿Se produce en concreto el agotamiento de la acción penal cuando una decisión del ministerio fiscal que ordena el sobreseimiento del procedimiento, una vez que se hayan satisfecho las cargas impositivas ("*transactie*" holandesa), excluye la persecución ante un tribunal holandés, mientras que, según el Derecho de otros Estados contratantes, dicha decisión necesita de la aprobación judicial?". En el asunto *Brügge*, el Tribunal de Distrito belga planteó al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: "¿Permite la aplicación del artículo 54 del [CAAS] que el ministerio público belga emplace a un nacional alemán ante un tribunal penal belga y que sea juzgado por los mismos hechos respecto a los que el ministerio público alemán le ofreció, mediante acuerdo amistoso, el sobreseimiento de la causa tras el pago de una cantidad, que fue abonada por el inculpaado?" Dada la similitud y la conexión de las cuestiones planteadas, se procedió a la acumulación de los dos asuntos a efectos de la sentencia y se examinaron juntos.

4.3. La opinión del Abogado General D. Ruiz-Jarabo Colomer.

El Abogado General optó por una interpretación estricta del artículo 35(1) TUE que impediría que se diera cualquier opinión sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* a un caso pendiente ante un tribunal nacional o con relación a la extinción de la acción penal. Por esta razón el Abogado General declaró que el TJUE ha de hacer caso omiso de los términos en los que el *Oberlandesgericht Köln* formula la primera de sus preguntas, y reformuló todas las cuestiones prejudiciales en dos cuestiones interpretativas:

- 1ª. La primera consiste en saber si el principio *ne bis in idem*, que enuncia el artículo 54 del Convenio, se aplica también cuando en uno de los Estados signatarios la acción penal se extingue como consecuencia de una decisión de sobreseimiento, adoptada por el ministerio fiscal después de que el inculpaado haya cumplido las condiciones que le impuso. 2ª En el caso de que el anterior interrogante recibiera una respuesta positiva, el órgano jurisdiccional alemán se pregunta si es necesario que esa decisión del ministerio público sea aprobada por un juez (para 38).

El Abogado General califica el artículo 54 como una genuina expresión del principio *ne bis in idem* en un proceso dinámico de integración euro-

pea. No es una regla procesal sino una garantía fundamental, basada en la seguridad jurídica y en la equidad, para personas que están sometidas al ejercicio del *ius puniendi* en un área común de libertad y justicia. El también opina que el principio *ne bis in idem* no sólo es aplicable en el marco de un sistema jurídico particular de un Estado miembro. Una estricta aplicación del principio de territorialidad nacional es incompatible con numerosas situaciones en las que están presentes elementos de extraterritorialidad y en las que una misma conducta es susceptible de producir efectos jurídicos en distintas partes del territorio de la Unión. Por otro lado, el principio *ne bis in idem* es también una expresión de la reciproca confianza de los Estados miembros en sus sistemas de justicia penal. La transacción penal al estilo de la "*transactie*" holandesa no es de naturaleza contractual, sino una expresión de la justicia penal. Existe en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, y es una forma de administrar justicia que garantiza los derechos del inculpaado y que desemboca en la imposición de una sanción. En la medida en que quedan garantizados los derechos del justiciable resulta irrelevante que la decisión que extingue la acción penal sea aprobada por un juez. Se produce un pronunciamiento sobre los hechos enjuiciados y sobre la culpabilidad del autor. Supone la emisión de un juicio definitivo implícito sobre la conducta del acusado y la imposición de medidas de carácter sancionador. Siempre quedan a salvo los derechos de las víctimas, a quienes no se les impide ejercer la acción civil y exigir reparación. A juicio del Abogado General la interpretación de lo que ha de entenderse por *res iudicata* tal y como se contiene en la disposición del artículo 54 no es homogénea en las versiones de los distintos idiomas (juzgada en sentencia firme, *rechtskräftig abgeurteilt, onherroepelijk vonnis, définitivement jugée, finally disposed...*). Los Estados miembros no están de acuerdo en este punto. Francia, Alemania y Bélgica son favorables a una interpretación restrictiva limitada a las resoluciones jurisdiccionales; Holanda e Italia, junto con la Comisión Europea, mantienen una interpretación más amplia, que incluye también las decisiones de archivo de las diligencias penales adoptadas por el ministerio público. El Abogado General acentuó que los términos empleados en las distintas versiones no son homogéneos y que una interpretación restrictiva, limitada exclusivamente a las resoluciones judiciales, puede tener consecuencias absurdas que son contrarias a la razón y a la lógica. Dos personas sospechosas del mismo delito podrían enfrentarse a una aplicación diferente del principio *ne bis in idem* si una es absuelta en sentencia firme y la otra acepta una transacción.

El Abogado General concluyó: "el principio *ne bis in idem* que enuncia el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, se aplica también cuando la acción pública penal se extingue en el ordenamiento jurídico de una parte contratante como consecuencia de la

decisión adoptada por el ministerio público, una vez que el inculpado ha satisfecho determinadas condiciones, siendo irrelevante que tal pronunciamiento deba ser aprobado por un juez, siempre y cuando: 1.º las condiciones impuestas tengan carácter sancionador; 2.º el acuerdo presuponga un reconocimiento, expreso o implícito, de la culpabilidad y, por consiguiente, contenga un juicio, explícito o tácito, de reprochabilidad sobre la conducta; y 3.º no cause quebranto a la víctima y a los demás perjudicados, eventualmente titulares de acciones civiles”.

4.4. El razonamiento y la respuesta interpretativa del Tribunal.

El Tribunal de Justicia no sólo siguió la reformulación de las cuestiones preliminares realizada por el Abogado General, sino que también suscribió sus argumentos principales. La extinción de la acción pública se debe a una decisión del Ministerio Fiscal, y este es parte de la administración de justicia penal. El resultado del procedimiento sanciona el comportamiento ilícito que se atribuye al acusado. La sanción es ejecutada a los efectos del artículo 54, y queda excluida una persecución adicional. El TJUE consideró que el principio *ne bis in idem* es un principio que tiene un efecto propio, con independencia de las cuestiones de procedimiento o de forma, como la intervención de un órgano jurisdiccional. A falta de una indicación expresa en contra en el artículo 54, el principio *ne bis in idem* debe considerarse suficiente para ser aplicado. El área de libertad, seguridad y la justicia implica una confianza mutua en los respectivos sistemas de justicia penal. La validez del principio *ne bis in idem* no depende de una armonización adicional.

No convencen al TJUE los argumentos de Alemania, Bélgica y Francia de que el tenor literal y el esquema general del artículo 54, la relación entre el artículo 54 y los artículos 55 y 58, la voluntad de las Partes Contratantes y otros textos internacionales de similar objeto, se oponen a que el artículo 54 se interprete en el sentido de que pueda aplicarse a los procedimientos de extinción de la acción pública en los que no se prevea la intervención de ningún órgano jurisdiccional. El TJUE no encontró ningún obstáculo en los artículos 55 y 58, y consideró irrelevante la voluntad de las Partes Contratantes, puesto que es anterior a la integración del acervo de Schengen en el marco de la UE. Con respecto al argumento del Gobierno belga sobre el posible perjuicio a los derechos de las víctimas, el TJUE siguió la opinión del Abogado General, acertuando que la aplicación del principio *ne bis in idem* no impide a la víctima ejercer acciones civiles.

Por esa razón el TJUE se pronunció en el siguiente sentido: “el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal

de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal”.

5. Evaluación de la sentencia Gözütok y Brügge del TJUE³³.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en mayo de 1999 la UE fue mucho más consciente de la necesidad de disponer de un principio *ne bis in idem* transnacional en el área de libertad, seguridad y justicia. Las disposiciones de los tratados internacionales relativos a este principio eran muy diferentes y la aplicación de las mismas en los Estados miembros variaba mucho. El punto 49(e) del Plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre la aplicación del área de libertad, seguridad y justicia³⁴ dispone que en los cinco años posteriores a la entrada en vigor del Tratado se establecerán medidas “de coordinación de las investigaciones penales y las diligencias que están en curso en los Estados miembros, para así evitar las duplicaciones y las resoluciones contradictorias, teniendo en cuenta una mejor utilización del principio *ne bis in idem*”. En el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal³⁵, el principio *ne bis in idem* se incluye entre las prioridades inmediatas de la UE y se hace referencia entre otras cuestiones al problema de las transacciones. De hecho había quedado claro a través de la jurisprudencia nacional que los jueces nacionales tenían problemas con la *transactie* “al estilo holandés” y la aplicación de las disposiciones de Schengen sobre el *ne bis in idem* transnacional. Entretanto las disposiciones relevantes de Schengen entraron y están en vigor, pero ya no como disposiciones en una escena gubernamental, sino como disposiciones integradas en las disposiciones del tercer pilar del área de libertad, seguridad y justicia. Esto significa que las Conclusiones de Tampere del Consejo Europeo Especial³⁶ que definen el reconocimiento mutuo como la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal también se aplican a las disposiciones anteriores Schengen.

El TJUE declara explícitamente que el área de libertad, seguridad y justicia implica la confianza mutua en los otros los sistemas de justicia penal, y que la validez del principio *ne bis in idem* no depende de armoni-

33. Otros comentarios doctrinales pueden verse en ROENSTRAHL y KRÄMER, (4/2003) *Europ. Law Reporter*, 177-185; ADOMER, (2003) NJW, 1162-1164; FLEISCHER, (2003) MfR, 769-780; PLOCKINGER, 58 *Österreichische Justizzeitung* (2003), 98-101; THWARTES, (2002) *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 295-298; VOGEL, “Europäisches ne bis in idem”, - EuGH”, (2003) NJW, 1173.

34. D.O., 1999, C 19.

35. D.O., 2001, C 12.

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

zaciones adicionales. El TJUE también considera que la voluntad de las Partes Contratantes de Schengen ya no tiene ningún valor, dado que es previa a la integración del acervo Schengen en la UE. Aunque el CAAS estaba fundamentalmente vinculado al mercado interior y a las cuatro libertades, era un instrumento intergubernamental.

Esto es como tal notable, dado que fue rechazada la propuesta holandesa³⁷ en el momento de la concepción del artículo 54 de incluir las transacciones "transactie". La voluntad de las Partes Contratantes de excluir estas transacciones del principio *ne bis in idem* fue muy clara. Sin embargo, la integración de las disposiciones Schengen en la UE, basada en la decisión de la CIJG de Amsterdam y ratificada por las autoridades nacionales, cambió no sólo el marco conceptual de estas disposiciones, sino también su significado y efecto. Puede hacerse aquí un paralelismo con los principios generales del Derecho comunitario en el mercado interior. La cooperación leal comunitaria y la no discriminación, por ejemplo, tenían consecuencias para el significado y efecto de algunas disposiciones penales nacionales, con independencia de la voluntad del poder legislativo nacional.

Es típico de un ordenamiento jurídico integrado como el de la CE que el marco conceptual de la integración europea interfiera con la soberanía nacional, también en lo relativo a los aspectos de cooperación y transnacionales³⁸. Lo que ocurrió con la integración de los mercados en la CE se está repitiendo ahora con la integración de la justicia en la UE. Los derechos y recursos del ciudadano del mercado se transforman en los derechos y recursos del ciudadano de la Unión. Las decisiones nacionales, incluidas las decisiones penales, pueden tener un amplio efecto UE en una nueva escena de territorialidad europea. Esto hace también al proceso de integración europea tan diferente de la doble soberanía de los EE.UU., donde el principio constitucional *ne bis in idem* no impide la doble persecución en varios Estados. Cuando un acusado con un solo acto viola la "paz y dignidad" de dos soberanías infringiendo las leyes de cada una, ha cometido en los EE.UU. dos delitos distintos³⁹ con dos diferentes bienes jurídicos. En la UE tenemos un solo área de libertad, seguridad y justicia y un ordenamiento jurídico integrado en el que debe darse efecto total a los criterios y normas fundamentales.

Sin embargo, con la decisión comentada aquí el TJUE no ha resuelto todos los problemas que plantea el principio *ne bis in idem*. Como se ha mencionado arriba, la interpretación de lo que es una sentencia firme es solo uno de los puntos del problema. El TJCE señala en el asunto

sobre el *ne bis in idem* que este "se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal", una redacción que es más amplia que la formulación del Abogado General que se refirió a que las condiciones impuestas tengan carácter sancionador, que suponga un pronunciamiento sobre la culpabilidad, y que no implique un perjuicio para las víctimas. Para concretar, ¿se aplica el principio *ne bis in idem* en los casos de acuerdos procesales, tales como *plea bargaining*, o los tratos de inmunidad total o parcial por colaboración con la justicia? En algunos países estos tratos pueden conectarse a una transacción con la forma de "transactie". Otro problema es la aplicación completa de la regla del *ne bis in idem* si el primer proceso tuvo por objeto sustraer a la persona afectada de la responsabilidad penal ¿Bajo qué condiciones se puede excluir la aplicación del *ne bis in idem* y por quien?

Con la sentencia *Gözütök y Brügge* encima de la mesa era previsible que sin la intervención legislativa Europea, el TJUE iba a recibir otras cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del principio *ne bis in idem*. Se podían esperar cuestiones prejudiciales tanto sobre el alcance del principio como sobre la definición del *idem* y del *bis*. A la luz de esto, es importante subrayar que un par de días después de la sentencia del TJUE en el asunto *Gözütök y Brügge*, Grecia presentó una propuesta de decisión marco sobre el *ne bis in idem*⁴⁰, con el objetivo de establecer normas jurídicas comunes en orden a asegurar la uniformidad tanto en la interpretación de tales normas como en su aplicación práctica. La decisión marco sustituiría a los artículos 54-58 CAAS. La propuesta define los delitos como delitos en sentido estricto e infracciones administrativas castigadas con una multa administrativa con la condición de que se pueda recurrir ante un tribunal penal. Las sentencias incluyen también cualquier arreglo por mediación extrajudicial en materia penal, cualquier decisión que tenga estatuto de *res iudicata* con arreglo a la legislación nacional se considerará sentencia definitiva. El artículo 4 prevé excepciones al principio *ne bis in idem* en caso de que los actos a que se refiera la resolución judicial extranjera constituyan delitos contra la seguridad o contra otros intereses esenciales de dicho Estado miembro, o hayan sido cometidos por un funcionario de ese Estado miembro contraviniendo sus obligaciones oficiales. Es una buena iniciativa, pero su ámbito de aplicación es demasiado estrecho. De hecho, excluir las sanciones adminis-

37. Como dispone el art. 68(3) del Código penal holandés.

38. Ver p. e. el asunto 186/87, *Ian William Couvan v. Trésor public*, [1989] ECR 195.

39. *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985).

40. Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in idem*, Diario Oficial de la Unión Europea 26.4.2003, C 100/24.

trativas si no son apelables ante un tribunal penal es bastante absurdo, también a la luz de la jurisprudencia del TEDH, incluso aunque encaja con la tradición alemana del Derecho penal administrativo (*Ordnungswidrigkeiten*). El proyecto también contiene demasiadas excepciones a la norma del *ne bis in idem*. Finalmente, el proyecto no aborda la aplicación a las personas jurídicas. Las discusiones en el Consejo están en curso pero son bastante difíciles en varios puntos, incluidas las cuestiones planteadas en el asunto *Gözütok y Brügge*. El proyecto fue discutido en el Consejo de Ministros, pero la multitud de puntos divergentes entre los Estados miembros evidenció rápidamente la inviabilidad de una solución legislativa. Una vez más, le correspondió al Tribunal Europeo de Justicia llenar el vacío jurídico por la vía pretoriana.

6. El diluvio de cuestiones preliminares sobre el *ne bis in idem*.

Tras la sentencia *Gözütok y Brügge* el TJUE ha sido frecuentemente requerido para interpretar el art. 54 del CAAS. Las preguntas formuladas han versado sobre aspectos bien diferentes. Incluso en algún caso la cuestión ha sido formulada por el Tribunal Supremo nacional. Analicemos los aspectos más importantes de las cuestiones planteadas.

6.1. *Ne bis in idem* y sentencia firme.

6.1.1. Sentencia C-469/03, *Miraglia*: tiene que haber un enjuiciamiento sobre el fondo.

En el marco de una investigación común entre las autoridades italianas y holandesas, *Miraglia* fue detenido en Italia en el año 2001. Se le imputaba el haber organizado el transporte a Bolonia desde los Países Bajos de 20 kilos de heroína. En 2002 el tribunal de Bolonia revocó toda medida cautelar. Paralelamente, las autoridades judiciales holandesas llevaron a cabo una investigación judicial penal contra *Miraglia* por los mismos hechos. En 2001 la fiscalía holandesa decidió no ejercitar la acción penal contra el imputado. De los autos se desprende que esta decisión se adoptó debido a que en Italia se habían iniciado actuaciones penales por los mismos hechos. Esto es, la decisión de la fiscalía holandesa resolvía un conflicto positivo de jurisdicción en favor de la jurisdicción italiana.

La fiscalía de Bolonia solicitó después asistencia judicial en materia penal. La solicitud fue denegada por la fiscalía de Ámsterdam, basándose en la reserva formulada por los Países Bajos al art. 2 (b) del Convenio Europeo de Asistencia Judicial, ya que Holanda había decidido “archivar el asunto sin imponer ninguna pena”. Las autoridades judiciales holandesas añadieron que el artículo 54 del CAAS se oponía a cualquier solicitud de asistencia judicial.

La reserva mencionada de Holanda esta formulada así: “El Gobierno del Reino de los Países Bajos se reserva la facultad de no cursar una solicitud de asistencia judicial: (b) en la medida que se refiera a un proceso o procedimiento incompatible con el principio ‘non bis in idem’”.

Además el artículo 255 del Código penal holandés prevé en su apartado primero: “Después de un sobreseimiento favorable al imputado (...) ya no se podrá actuar penalmente contra el imputado por los mismos hechos, a menos que surjan nuevos elementos inculpativos”.

El Tribunal de Bolonia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Ha de aplicarse al artículo 54 del CAAS en el caso de que la decisión judicial adoptada en el primer Estado sea de sobreseimiento de la acción penal sin juicio alguno en cuanto al fondo y se base en el único presupuesto de que ya se está siguiendo un procedimiento en otro Estado?”

Según el TJUE la decisión de la fiscalía holandesa no puede considerarse una decisión que juzgue en firme a esta persona en el sentido del artículo 54 del CAAS, pues ha sido tomada sólo por razón de que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, y sin que se haya efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo.

Está claro que el TJUE exige una valoración del fondo para otorgar la calificación de decisión que juzga en firme a una decisión de la fiscalía. En este asunto el TJUE hubiera podido ser más firme. De hecho, no se trata de un sobreseimiento clásico de la acción penal, sino de una decisión que resuelve un conflicto positivo de jurisdicción. Hubiera podido utilizar el caso para elaborar obligaciones al respecto, tanto sobre la resolución del conflicto como sobre las obligaciones de asistencia mutua.

6.1.2. Sentencia C-150/05, *Van Straaten*: sentencia absoluta por falta de pruebas.

Van Straaten fue perseguido en Holanda, en primer lugar, por haber importado de Italia a Holanda una cantidad de alrededor de 5 kilos de heroína, en segundo lugar, por haber dispuesto en Holanda de aproximadamente 1 kilo de heroína y, en tercer lugar, por posesión de armas de fuego y municiones. *Van Straaten* fue absuelto en 1983 de las primeras acusaciones por el tribunal de ‘s-Hertogenbosch (*Arondissementsrechtbank te ‘s-Hertogenbosch*), por considerar que este hecho no había sido demostrado de modo legal y convincente, en otras palabras, por falta de pruebas y respetando el principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, *van Straaten* fue procesado en Italia, junto con otras personas, por haber exportado a los

Países Bajos en varias ocasiones una cantidad de 5 kilos de heroína, mediante sentencia dictada en rebeldía en 1999 por un tribunal de Milán. Con base en esta sentencia y en una orden de detención de la fiscalía de Milán de 2002, las autoridades judiciales italianas introdujeron ese año una descripción en el Sistema de Informacion de Schengen (SIS), para la detención de van Straaten y su ulterior extradición. Los Países Bajos añadieron a la descripción SIS una reserva, conforme al apartado 95 (3) CAAS, de modo que la detención no pudiera llevarse a cabo en su territorio. Van Straaten fue informado de la descripción SIS en 2003 y solicitó a la policía holandesa la supresión de la misma. Lo que le fue denegado por la policía holandesa al no ser la autoridad informadora. En aplicación del art. 111 CAAS un juez holandés fue requerido para conocer del asunto. Italia estaba obligada a ejecutar la resolución definitiva del juez holandés, pero este tenía dudas sobre la interpretación del art. 54 del CAAS, tanto en lo relativo a la definición del *idem* como en cuanto a los efectos de la absolución por falta de pruebas respecto del *ne bis in idem*.

Para la definición del *idem* me remito al punto 6.2 (*cf. infra*). En cuanto a la segunda cuestión, el juez holandés pregunta si el principio *ne bis in idem* es aplicable a una resolución de las autoridades judiciales de un Estado contratante en la que se absuelve a un acusado por falta de pruebas. El TJUE responde de manera afirmativa, haciendo referencia a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima y al derecho a la libre circulación en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

6.2. La definición del *idem* y los criterios de decisión: sentencias *Van Esbroeck* C-436/04; *Van Straaten* (C-150/05), *Gasparini* (C-467/04), *Kretzinger* (C-288/05) y *Kraaijenbrink* (C-367-05).

El TJUE ha tenido que responder a muchas cuestiones relativas a la definición del *idem*. El primer caso fue el de *van Esbroeck*. Van Esbroeck, ciudadano belga, fue condenado por un tribunal en Noruega cuando todavía no había entrado en vigor en este país el acervo de Schengen, como autor de un delito de importación ilegal de estupefacientes. Una vez cumplida la mitad de la pena fue puesto en libertad condicional y regresó a Bélgica, donde fue acusado de haber exportado las sustancias a Noruega. Se trataba del mismo transporte de droga en los dos asuntos. Se presentó una petición de decisión prejudicial por parte del tribunal Supremo Belga: ¿Se puede aplicar el art. 54 del Convenio CAAS cuando una persona es procesada por segunda vez por los mismos hechos si la primera condena tuvo lugar en un Estado miembro cuando todavía no regía dicho precepto? El TJUE afirma la posibilidad de aplicar el principio *ne bis in idem* siempre que esté en vigor en los Estados contratantes en el momento de apreciar los requisitos de aplicación de dicho principio por la instancia que conoce del segundo procedimiento. Se podría decir, pues, que el TJUE opta por la

aplicación *ex nunc* y no *ex tunc*. Más importante es la respuesta del TJUE sobre el *idem*. Se inclina claramente por un criterio de *idem factum*: “el criterio pertinente a efectos de la aplicación del art. 54 CAAS está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”. Los hechos punibles consistentes en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados contratantes del CAAS deben, pues, considerarse en principio como los mismos hechos. Sin embargo, el TJUE subraya que la apreciación definitiva en concreto corresponde a las instancias nacionales competentes.

La decisión por el *idem factum* en la lugar del *idem iure* (la calificación jurídica o los bienes jurídicos tutelados) fue puesta en duda por el abogado general Eleanor Sharpston en el asunto *Gasparini*. Los accionistas y administradores de la sociedad Minerva acordaron introducir a través del puerto de Setúbal (Portugal) aceite de oliva no refinado, procedente de Túnez y Turquía, sin la necesaria declaración en aduanas y simulando un sistema de facturación falsa para intentar mostrar que el aceite procedía de Suiza. La mercancía fue posteriormente transportada en camiones de Setúbal a Málaga en España. Hubo en Portugal una persecución por fraude comunitario, con absolución por prescripción y posteriormente una persecución en España por contrabando.

El abogado general Sharpston, con amplia experiencia en materia comunitaria, incluyó el ámbito de la libre competencia, formula dos zonas de fricción en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio *ne bis in idem*. Ella critica al TJUE por contentarse con aplicar el principio *ne bis in idem* cuando exista “identidad de los hechos materiales” y no exigiendo la “unidad de interés jurídico protegido”. La segunda crítica es mucho más fundamental e interesante. El abogado general insiste en una aplicación coherente del *ne bis in idem* (en el derecho comunitario y en el derecho del tercer pilar), subrayando que el TJUE exige, para que el *ne bis in idem* sea aplicable, un triple requisito de “identidad de hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido”.

Sin embargo, el TJUE no cambia de opinión y reafirma en el asunto *Kretzinger* el criterio del *idem factum* elaborado en el asunto *Van Esbroeck*. *Kretzinger* transportó en un par de ocasiones en camión desde Grecia hasta Gran Bretaña, a través de Italia y Alemania, cigarrillos procedentes de países no miembros de la UE, por supuesto sin ninguna declaración en aduanas. *Kretzinger* fue condenado por el primer y el segundo transporte tanto por un tribunal en Italia (sentencia en rebeldía) como por un tribunal en Alemania. El tribunal alemán consideró que aún no habían sido ejecutadas las dos condenas firmes pronunciadas en Italia y que por ello

no existía ningún obstáculo procesal en virtud del art. 54 del CAAS. Sobre la definición del *idem*, el TJUE indica claramente que “el criterio pertinente a efectos de la aplicación [del art. 54 del CAAS] está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”.

También en la sentencia *Kraaijenbrink* se trata de la definición del *idem*. La Sra. Kraaijenbrink fue condenada en Holanda por varios delitos de recepción de cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes. Por otro lado, un tribunal de Gante en Bélgica le condenó por los mismos hechos pero calificados jurídicamente como transacciones monetarias efectuadas en Bélgica con ese dinero. El TJUE reafirma la definición del *idem* del asunto *van Esbroeck* y subraya que el mero hecho que el órgano judicial nacional competente compruebe que los hechos en cuestión están relacionados entre sí por una misma intención criminal no es en sí decisivo para la definición del *idem*. Sin embargo, la norma del art. 54 del CAAS es una norma de mínimos. Los Estados tienen libertad para garantizar una protección más amplia.

Está claro que el TJUE no busca una unidad jurisprudencial entre el derecho comunitario y el derecho del tercer pilar en este contexto, sino un criterio consistente que garantice la libre circulación de las personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia y el respeto de los derechos humanos. Scharpston, que fue también abogado general en los asuntos *Kretzinger* y *Kraaijenbrink*, no ha insistido más sobre la coherencia entre el derecho comunitario y el derecho del tercer pilar y ha retomado el criterio del *idem factum* de *van Esbroeck*, tal y como fue confirmado por el TJUE.

6.3. ¿Se puede considerar una absolución por la prescripción del delito como un *idem*: *Gasparini* (C-467/04)?

En el asunto *Gasparini* el TJUE se muestra muy consciente de las diferencias esenciales entre los derechos procesales de los Estados Miembros. Es verdad, dice el TJUE, que la legislación de los Estados en materia de plazos de prescripción no ha sido armonizada. No obstante, ni el tratado, ni el art. 54 del CAAS supeditan la aplicación del *ne bis in idem* al requisito de que se armonicen las legislaciones de los Estados. El TJUE indica que es preciso añadir que el principio *ne bis in idem* implica necesariamente la existencia de una confianza mutua entre los Estados. Por estos motivos el TJUE declara aplicable el principio *ne bis in idem* del art. 54 del CAAS a la resolución de un tribunal de un Estado contratante, dictada tras haberse ejercitado la correspondiente acción penal, en virtud de la cual se absuelve definitivamente a un inculcado por haber prescrito el delito que dio lugar a la incoación de diligencias penales.

Esta sentencia es en cierto modo sorprendente. De hecho, no se trata aquí de una sentencia absolutoria después de un juicio sobre el fondo. Se trata en realidad de un motivo procesal de no perseguibilidad. En este sentido, hubiera sido más lógico hacer referencia al contenido del principio *ne bis in idem*. Tradicionalmente se hace una distinción entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (nadie puede ser sometido a más de un proceso por el mismo delito) y *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito). Un *ne bis in idem* aplicable a la prescripción de la acción penal pone de relieve mucho más del *ne bis vexari* que del *ne bis puniri*. Es sorprendente que ni el abogado general, ni el Tribunal hayan estudiado si el *ne bis in idem* del art. 54 del CAAS incluye también el *ne bis in idem vexari*. Se han limitado a tratar el aspecto de la prescripción de la acción penal en el marco de una sentencia considerada como *idem factum*. En mi opinión, es una vía errónea.

6.4. Sentencia *Frme* y ejecución de la sanción: *Kretzinger* (C-288/05).

¿Se entiende que una pena se ha ejecutado o se está ejecutando si la pena privativa de libertad ha sido condicionalmente suspendida? Y ¿qué pasa si el acusado ha permanecido en detención preventiva o en prisión provisional?, ¿también se puede considerar como la ejecución de una sentencia? El asunto *Kretzinger* ha sido importante, puesto que Alemania consideró que Italia había suspendido la pena privativa de libertad y no había hecho nada para hacer que detuvieran y entregaran al condenado en rebeldía. El TJUE considera que la sanción impuesta por un tribunal de un Estado contratante ‘se ha ejecutado’ o ‘se está ejecutando’ cuando, en aplicación del derecho de dicho Estado contratante, se haya condenado al inculcado a una pena privativa de libertad cuya ejecución se ha dejado en suspenso. Sin embargo, no debe considerarse que la sanción impuesta “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” cuando el inculcado haya permanecido por breve tiempo en detención preventiva, y cuando, según el derecho del Estado de condena, el tiempo de tal privación de libertad deba computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad, visto que se trata de un detención que se produce en un momento anterior al pronunciamiento de la sentencia.

7. Conclusión.

Con la rápida elaboración de instrumentos jurídicos en el campo JAI, tanto para reforzar la eficacia de la justicia penal en el territorio europeo (la orden europea de detención y entrega, la orden europea de embargo, aseguramiento de pruebas, la orden europea sobre decomiso, la orden europea sobre el exhorto de obtención de pruebas, la orden europea sobre la ejecución de sanciones y los proyectos de orden europea encima de

la mesa), como para incrementar la protección jurídica de los ciudadanos (la decisión marco para la protección de las víctimas del delito, la decisión marco sobre la protección de la vida privada en el tercer pilar y el proyecto de decisión marco sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea), queda claro que el TJUE va a tener mucho trabajo en el futuro próximo para establecer los principios orientadores de la justicia penal en el área judicial europea en materia penal. El conjunto de sentencias sobre el *ne bis in idem* es simplemente el comienzo del importante papel del TJUE en el área de la justicia penal europea. También subraya la importante interacción entre los tribunales nacionales y el TJUE en la elaboración de principios generales del derecho de la Unión. Por este motivo, es importante que todos los Estados contratantes reconozcan la jurisdicción del TJUE para interpretar el derecho del tercer pilar y que no lo limiten (como España) a los tribunales de última instancia. También es importante que no haya *opting outs* a este respecto.

La elaboración praetoriana del *ne bis in idem* ilustra también que existe una necesidad real de ratificar el proyecto de Tratado de Reforma, incluida la Carta de Derechos Fundamentales (CDF)⁴¹, como texto vinculante. La CDF se refiere al CEDH como norma mínima y de acuerdo con el proyecto de Tratado de Reforma la UE también podría ser parte del CEDH. El ámbito del artículo 50 CDF⁴² relativo al *ne bis in idem* es totalmente transnacional en la UE, pero su ámbito de aplicación defraudada debido al tenor literal del texto: "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". Insistiendo en exceso en los procesos penales, este texto no está ni siquiera en la línea de la jurisprudencia actual del TEDH. Es más, la disposición parece aludir sólo a las sentencias firmes.

En un espacio común de libertad, seguridad y justicia basado en la confianza mutua es necesario elaborar criterios objetivos para resolver conflictos positivos de jurisdicción y para evitar al máximo posibles situaciones de *ne bis in idem*. Por este motivo la Comisión Europea ha elaborado un libro verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *ne bis in idem* en los procedimientos penales⁴³. La Comisión Europea insiste en la relación entre conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem*. Sin reglas

41. Hecho en Niza el 7 de diciembre de 2000, pero no jurídicamente vinculante.

42. Consejo de la Unión europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Explicación relativa al texto completo de la Carta, diciembre de 2000, disponible en inglés en http://ue.eu.int/dl/docs/en/EN_2001_1023.pdf

43. COM (2005) 696 final y Commission Staff working document SEC (2005) 1767. Ver M. Wasmeier & N. Thwaites, *he development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, European Law Review, 2006, 565-578.

objetivas sobre conflictos positivos de jurisdicción el *ne bis in idem* tiene una consecuencia perversa: quien ejerce primero la jurisdicción tiene preferencia. El *ne bis in idem* no pierde su valor, pero sólo en situaciones no cubiertas y no resueltas por los criterios de resolución de los conflictos de jurisdicción. Por este motivo el Libro verde propone la elaboración de una decisión marco, basada en el artículo 31 TUE, que replazce los artículos 54-58 del CAAS. Sin embargo, la Comisión quiere limitarse a una definición general, dejando bastante espacio al TJUE para desarrollar el principio. Además es necesario elaborar un enfoque horizontal sobre el *ne bis in idem* en los instrumentos sobre el reconocimiento mutuo (las euro-órdenes). Actualmente el *ne bis in idem* es un motivo de no ejecución obligatoria o facultativa, según el instrumento. Tendría que ser un motivo de no ejecución obligatoria en todos los instrumentos, basado en la definición común de la decisión marco. En cuanto el contenido del principio, la Comisión se basa fundamentalmente en la jurisprudencia elaborada por el TJUE. Teniendo en cuenta las consultas sobre el Libro verde y las discusiones con los expertos, la Comisión Europea considera políticamente inviable por el momento la elaboración de una decisión marco sobre la materia.

Con el desacuerdo entre los expertos de los Ministerios de Justicia contrasta que los expertos académicos han sido capaces de ponerse de acuerdo. El Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional ha creado un grupo de expertos para elaborar la denominada Propuesta de Friburgo sobre las Jurisdicciones Concurrentes y la Prohibición de las Persecuciones Múltiples en la UE⁴⁴. El texto de 2003 se refiere a la prevención de las persecuciones múltiples a nivel internacional mediante la imposición de reglas del *forum/jurisdicción*, la aplicación del *ne bis in idem* transnacional y finalmente, como red de seguridad, la aplicación del principio de "compensación", explicado anteriormente. En cuanto al tema del *ne bis in idem* transnacional, propone un derecho *ne bis in idem factum* para las personas físicas y jurídicas. El principio *ne bis in idem* debería aplicarse a todos los procedimientos y sanciones punitivas, ya tengan naturaleza administrativa o penal, ya sean nacionales o europeos. El texto propone usar la expresión "haya sido archivado de forma definitiva" ("*finally disposed of*") en lugar de "haya sido absuelto o condenado mediante sentencia penal firme" ("*finally acquitted or convicted*"). Esta terminología incluye toda decisión adoptada por las autoridades de persecución que ponga fin a los procedimientos, de manera que sólo sea posible la reapertura del caso en circunstancias excepcionales. Esto significa, por ejemplo, que los acuerdos extrajudiciales alemanes u

44. <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straef/projekte/nebisinidem.html>. Ver también A. Esser & C. Borchardt, *Interlokales "ne bis in idem" in Europa? Von "westfälischem" Souveränitätspathos zu europäischem Gemeinschaftsdenken*, in H.-J. Derrta (Hrsg.), *Freiheit, Sicherheit und Recht*, Festschrift für Jürgen Meyer, Nomos, 2006, 499-524.

holandeses (*Einstellung gegen Auflagen, transactie*) y las *ordonnance de non-lieu motivée en fait* francesas se encuentran incluidos en la definición del *ne bis in idem*. Esta propuesta proporciona un juego excelente de disposiciones *de lege lata*, tanto para el legislador como para el juez, y tanto a nivel europeo como nacional.

Por ahora el TJUE ha elaborado un *ius commune* del *ne bis in idem* considerando un derecho fundamental transnacional en el espacio de libertad, seguridad y justicia. El *ne bis in idem* ha pasado de ser un principio del soberano o del Estado estrictamente relacionado con su territorio y su *ius puniendi*, a un derecho humano del ciudadano europeo en un espacio judicial común. Queda abierta la cuestión relacionada con la necesidad de resolver conflictos de jurisdicción en un espacio común que se caracteriza por una muy creciente actividad transfronteriza. Será necesario elaborar criterios de elección de la jurisdicción y otorgar a Eurojust o a un futuro Ministerio Público Europeo la competencia de coordinación y de decisión en materia de conflictos de jurisdicción penal.