

*Ne bis in ídem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?*

**Prof. Dr. John A.E. Vervaele**

Catedrático de Derecho Penal Económico y de Derecho Penal Europeo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht  
Catedrático de Derecho Penal Europeo en el Colegio de Europa de Bruselas  
Vicepresidente del AIDP

## **Abstract\***

*Los ciudadanos y las empresas se globalizan: utilizan de manera creciente sus derechos a la libre circulación, al libre establecimiento, a ofrecer bienes y servicios, a realizar transacciones financieras, etc. En este contexto, los sistemas de aplicación de la ley, incluido el sistema penal, tienen que mantenerse. Están obligados a ir al extranjero para la obtención de pruebas, para proceder a la detención y la extradición o entrega de los sospechosos, para el decomiso de los bienes, para abordar los conflictos de jurisdicción y la asignación de la investigación y enjuiciamiento penal. La globalización de los sistemas de justicia penal aumenta el riesgo de doble enjuiciamiento y de doble castigo. ¿Tienen las personas (jurídicas) el derecho (fundamental) a no ser juzgadas o castigadas dos veces por los mismos hechos en un mundo globalizado e integrador? ¿Están protegidos contra esta doble persecución en la configuración de la justicia penal transnacional, como por ejemplo en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE? ¿Tiene el principio *ne bis in idem* un alcance transnacional? Si es así, ¿qué significa esto y cuáles son los obstáculos y las excepciones? Con el planteamiento de estas cuestiones, el presente trabajo se pregunta si la persona (jurídica) puede deducir un derecho a la protección transnacional frente al *bis in idem* en el espacio de libertad, seguridad y justicia de las diferentes fuentes obligatorias: el derecho nacional, el derecho internacional público (normas de derechos humanos y asistencia jurídica mutua) y el derecho de la UE. Del análisis de estas fuentes y de la jurisprudencia, concluyo que las personas (jurídicas) están desprotegidas frente a un doble enjuiciamiento transnacional, con excepción del *ne bis in idem* transnacional en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, incluso en este último las excepciones, exenciones, reservas e interpretaciones enfrentadas basadas en la soberanía nacional socavan el fundamento y el alcance de un auténtico principio *ne bis in idem* transnacional en un espacio común de justicia penal transnacional.*

*Bürger und Unternehmen werden globalisiert: Sie üben ihr Recht auf den freien Personen-, Dienstleistungs- und Warenverkehr aus, sowie ihr Recht, Finanztransaktionen durchzuführen, usw. Vor diesem Hintergrund sollen die Systeme der Rechtspflege – einschließlich das Strafrecht – aufrechterhalten werden. Es wird erforderlich, im Ausland Beweismittel zu suchen bzw. erhalten, Verdächtigte festzunehmen und auszuliefern, Güter zu beschlagnahmen, Gerichtlichkeitskonflikte zu lösen. Die Globalisierung der Strafrechtspflegesysteme erhöht das Risiko eines verdoppelten Strafverfahrens bzw. -bestrafung. Haben (juristische) Personen in einer globalisierten und integrierenden Welt den (Grund)recht darauf, nicht zweimal in derselben Sache beurteilt bzw. bestraft zu werden? Sind sie im Rahmen einer transnationalen Strafrechtspflege wie z.B. in dem Europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gegen eine solche Doppelverfolgung geschützt? Wenn das so wäre: Auf welche Schwierigkeiten stößt dieser Schutz und welche ist seine Tragweite? Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit diesen Problemen und insbesondere mit der Frage, ob es möglich ist, aus den Rechtquellen des internen Rechts, des Völkerrechts (Vorschriften bzgl. der Menschenrechte sowie der gegenseitigen Rechtshilfe) sowie des EU-Rechts ein Recht der (juristischen) Person auf einen transnationalen Schutz gegen den bis in idem in dem Rahmen des Europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts abzuleiten. Mit Basis auf der Analyse der Rechtsquellen sowie der Rechtsprechung wird die Schlussfolgerung gezogen, dass die*

---

\* Traducción de Isidoro Blanco Cordero, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante. Secretario General Adjunto de la AIDP.

*juristischen Person gegen ein doppeltes transnationales Strafverfahren ungeschützt sind. Geschützt sind sie nur gegen einen transnationalen bis in idem in dem Europäischen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Aber sogar in diesem letzten Fall unterhöhlen die auf der nationalen Souveränität basierten Ausnahmen, Freistellungen, Vorbehalte und Auslegungen die Grundlage und Tragweite eines echten Ne-bis-in-idem-Grundsatzes in einem gemeinsamen Raum der transnationalen Strafrechtspflege.*

*Citizens and companies globalize: they use in an increasing way their rights to free movement, to free settlement, to offer services and goods, to realize financial transactions, etc. Enforcement systems, including the criminal justice system have to follow. They are obliged to go abroad for gathering evidence, for detention and extradition or surrender of suspects, for confiscation of assets, for dealing with conflicts of jurisdiction and choice of allocation of criminal investigation and adjudication. Globalizing criminal justice systems do increase the risk of double prosecution and or double punishment. Have (legal) persons the (fundamental) right not to be prosecuted or punished twice for the same facts in a globalizing and integrating world. Are they protected against these double jeopardy in settings of transnational criminal justice, as for instance in the EU area of freedom, security and justice? Has the ne bis in idem principle a transnational reach? If so, what does this mean and what are the obstacles and exceptions? Posing these questions, this article asks whether the (legal) person can derive a right to transnational protection in the area of freedom, security and justice from the different sources of ne bis in idem obligations, in domestic law, in the international public law (human rights law and mutual legal assistance) and in EU law. Analysing these sources and its case-law, I come to the conclusion that the (legal) persons are unprotected against transnational double jeopardy, with exception of the transnational ne bis in idem in the EU area of freedom, security and justice. However, even in the latter exceptions, derogations, reservations and draw back interpretations based on national sovereignty undermine the rationale and scope of a real transnational ne bis in idem principle in a common space of transnational criminal justice.*

**Titel:** Ne bis in idem: Ein transnationaler Grundsatz verfassungsrechtlichen Rangs in der Europäischen Union?

**Title:** Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?

**Palabras clave:** Ne bis in idem; doble enjuiciamiento; Derecho penal; asistencia jurídica mutua; Schengen; Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea; Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**Stichworte:** Ne bis in idem; Doppelstrafverfahren; Strafrecht, gegenseitige Rechtshilfe; Schengen; Charta der Grundrechte der Europäischen Union; Europäische Menschenrechtskonvention

## *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. Fundamento y ámbito de aplicación del principio *ne bis in idem* a nivel nacional**
- 3. Derecho Internacional Público y *ne bis in idem***
  - 3.1. DIDH y *ne bis in idem***
  - 3.2. Asistencia legal mutua (MLA) y reconocimiento mutuo (RM) UE en materia penal**
- 4. Integración Europea y *ne bis in idem***
  - 4.1. El principio *ne bis in idem* en el Derecho comunitario**
  - 4.2. La primera base para un principio penal *ne bis in idem* regional transnacional: el espacio Schengen**
  - 4.3. De un principio transnacional Schengen a un principio transnacional de la Unión y un derecho fundamental de la UE**
  - 4.4. Fundamento y ámbito de aplicación del principio transnacional *ne bis in idem* previsto en el artículo 54 CAAS**
  - 4.5. El derecho fundamental UE a la prohibición del *ne bis in idem* del artículo 50 CDF: fundamento, límites y excepciones**
    - a) Aplicación del artículo 50 CDF**
    - b) Limitaciones y excepciones al principio *ne bis in idem*: ¿cláusulas de recuperación de la soberanía nacional?**
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

## 1. Introducción

La intensificación en las últimas décadas del proceso de integración europea ha afectado sustancialmente a muchos ámbitos objeto de regulación y aplicación. El resultado es visible no sólo en la transposición, aplicación y ejecución de las políticas de la Unión Europea en cada Estado miembro (la dimensión vertical de la integración), sino también en la creación de áreas comunes como la unión aduanera, el mercado interior o el área de libertad, seguridad y justicia (la dimensión horizontal de la integración). Debido a las cuatro libertades del mercado interior, los ciudadanos pueden disfrutar de un completo conjunto de libertades básicas de carácter económico y no económico. Asimismo, gracias al Tratado de Lisboa los ciudadanos pueden esperar que la Unión les ofrezca el libre movimiento de personas junto con medidas adecuadas para prevenir y combatir el delito (artículo 3(2) TUE) y les garantice seguridad en el área común de libertad, seguridad y justicia. Tanto la dimensión vertical como la horizontal de la integración Europea son parte del ordenamiento jurídico UE con componentes nacionales y europeos en los que se respetan el Estado de derecho y las normas de derechos humanos. El Tratado de Lisboa ha reforzado esto en el artículo 6 TUE mediante el reconocimiento de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea como fuente vinculante del derecho primario de la UE.

Cuando se trata de la aplicación de las políticas de la UE en los Estados miembros (dimensión vertical) o de la aplicación de las políticas de la UE en un contexto transnacional (dimensión horizontal) está en juego un doble interés: la aplicación efectiva y el cumplimiento de las normas de derechos humanos de la UE.

El impacto creciente a nivel nacional de las normativas de la Unión Europea y el aumento de la movilidad de bienes, personas, servicios y capitales en la UE, unido al incremento de la dimensión transnacional de la actividad de la justicia penal nacional, acrecienta el riesgo de que una persona pueda sufrir una doble persecución o de que sea procesada y/o castigada dos veces, a nivel nacional (cuando se aplican políticas UE) o a nivel UE por varios Estados miembros UE o, incluso, por un Estado miembro UE y la Comisión en ámbitos tales como el de la competencia, donde la Comisión tiene asignada potestad sancionadora.

La creación de un mercado interior integrado y un área común de libertad, seguridad y justicia permite a los ciudadanos y las personas jurídicas esperar que, a nivel de los Estados miembros de la UE y a nivel europeo, exista una protección equivalente de los derechos humanos. También les permite tener la expectativa de que esta protección cumpla al menos con los criterios comunes vinculantes del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). ¿Existe a día de hoy en la UE una protección transnacional equivalente basada en la prohibición del *ne bis in idem* que se aplique tanto a la dimensión vertical como a la horizontal de la integración europea? La normativa nacional sobre el *ne bis in idem* en cada Estado miembro de la UE ¿ofrece esta protección equivalente o el principio *ne bis in idem* está consagrado en el Derecho internacional público (normas de derechos humanos)? ¿O necesitamos en la UE un principio *ne bis in idem* propiamente transnacional? En caso afirmativo, ¿cuáles serían las características de este principio transnacional que ofrezcan una protección equivalente a los ciudadanos y las personas jurídicas?

## 2. Fundamento y ámbito de aplicación del principio *ne bis in idem* a nivel nacional

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 o el artículo 103 de la Constitución alemana. Históricamente se ha considerado que el principio *ne bis in idem* solo se aplica a nivel nacional y está limitado a la justicia penal, lo que significa que se excluye su aplicación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Recientemente, algunos Estados han aceptado ampliar al ámbito de aplicación a los procedimientos y sanciones de carácter punitivo.

El fundamento del principio *ne bis in idem* es múltiple. Tradicionalmente estuvo muy conectado a la soberanía y legitimidad del Estado y su sistema jurídico y al respeto a la condición de *res judicata* (*pro veritate habitur*) en sentencia firme<sup>1</sup>. El vínculo con la condición de cosa juzgada y el reconocimiento internacional de las sentencias penales también podría, por supuesto, dar efecto internacional al principio *ne bis in idem*. Sin embargo, sin tener como base un tratado, muy pocos países reconocen la validez de las sentencias extranjeras en materia penal a efectos de su ejecución en el ordenamiento jurídico nacional. Incluso es problemático el reconocimiento de la condición de *res judicata* a una sentencia penal extranjera, desde luego cuando se encuentran involucrados delitos cometidos en el territorio del Estado. El reconocimiento de la condición de *res judicata* de una resolución 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 ostentan 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 delito<sup>2</sup>. Con todo, incluso los Países Bajos excluyen las sanciones administrativas de su ámbito de aplicación.

En todos los Estados miembros el principio *ne bis in idem* plantea muchas cuestiones tanto sobre el elemento del *bis* como del *idem* del principio. 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 a efectos de la aplicación del principio? ¿Se limita el alcance del principio a la doble sanción penal o incluye también otras sanciones punitivas que se puedan imponer conforme al Derecho privado o al Derecho administrativo? ¿Qué es una sentencia firme? ¿Incluye

<sup>1</sup> *Interest rei publice ut sit finis litium, bis de eadem re ne sit actio.* ("es de interés público que todo litigio tenga un fin, no se puede ejercer ninguna acción dos veces sobre el mismo asunto").

<sup>2</sup> Un comentario sobre el principio *ne bis in idem* del art. 68 del Código penal holandés puede verse en P. BAAUW, «*Ne bis in idem*», en SWART/KLIP (eds.), *International Criminal Law in the Netherlands*, 1997, pp. 75-84.

también las transacciones con la fiscalía o con otras autoridades judiciales? ¿Debe haberse ejecutado la sentencia? En otras palabras, no hay un criterio común y equivalente sobre el contenido del *ne bis in idem* entre los Estados miembros de la UE. Esto puede crear una falta de protección equivalente para el ciudadano o la persona jurídica cuando se trata de la aplicación del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico interno. ¿Por qué un ciudadano o una persona jurídica de la UE pueden ser castigados dos veces en un Estado miembro de la UE por fraude de subvenciones de la UE con una multa punitiva administrativa y una sanción penal, mientras están protegidos contra ese doble castigo en otro Estado miembro de la UE? Por otro lado, el principio *ne bis in idem* nacional sólo tiene efecto doméstico y no comprende las situaciones transnacionales en la UE. Por último, pocos Estados miembros de la UE disponen de un sistema que reconozca la validez de las sentencias extranjeras en materia sancionatoria de manera que ello impida la doble sanción. Por lo tanto, queda claro que el principio *ne bis in idem* nacional no armonizado es incapaz de ofrecer una protección adecuada y equivalente a los ciudadanos y las personas jurídicas, ni en su país, ni en el mercado interior horizontal o en el área común de libertad, seguridad y justicia.

En los últimos siglos el principio *ne bis in idem* también se ha convertido en un principio de tutela judicial para el ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado y, como tal, forma parte de los principios del debido proceso y del juicio justo, en otras palabras, ha devenido un derecho fundamental que protege contra la acumulación de sanciones penales<sup>3</sup>. Esto no sólo ha dado lugar a la elaboración de los principios constitucionales nacionales sobre el *ne bis in idem*, sino también a disposiciones sobre el *ne bis in idem* en el Derecho internacional público / Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Además los Estados-nación han ido suscribiendo cada vez más convenios bilaterales y multilaterales de asistencia jurídica mutua (en adelante MLA, siglas de la expresión anglosajona) en materia penal. ¿Pueden estos convenios de derechos humanos y asistencia jurídica mutua ofrecer una protección adecuada y equivalente a los ciudadanos y a las personas jurídicas?

### **3. Derecho Internacional Público y ne bis in idem**

Como punto de partida hay que subrayar que en el Derecho internacional no existe una norma general que imponga la obligación internacional de respetar el *ne bis in idem*<sup>4</sup>. Su aplicación es convencional, por lo que depende únicamente del contenido de los tratados internacionales. Encontramos disposiciones convencionales de Derecho internacional público sobre el *ne bis in idem* contenidas en tres fuentes: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la legislación penal de los tribunales penales internacionales y los tratados multilaterales relativos a la cooperación judicial en materia penal, también llamada asistencia jurídica mutua (MLA).

<sup>3</sup> Véasea excelente tesis doctoral de J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, 2005, (no publicada).

<sup>4</sup> También subrayado por el Tribunal Constitucional alemán, 2 BVerfG 15.12. 2011, 2 BvR148/11, par. núm. 31.

### 3.1. DIDH y *ne bis in idem*

Después la Segunda Guerra mundial la conversión del *ne bis in idem* en un derecho fundamental a nivel nacional que protege al ciudadano contra el uso acumulativo del *ius puniendi* del Estado también fue recogido en el DIDH. El principio *ne bis in idem* se ha consagrado como un derecho individual en los tratados internacionales de derechos humanos, como ocurre en el artículo 14 (7) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966<sup>5</sup>. Sin embargo, debemos tener en cuenta que algunos Estados han formulado reservas a este principio<sup>6</sup>.

El CEDH no contiene tal disposición y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>7</sup> negó que este principio estuviera reconocido como tal en el artículo 6 CEDH sin excluir en términos absolutos, sin embargo, que algunas persecuciones dobles pudieran violar los derechos a un juicio justo conforme dicho artículo. Se incluyó una disposición al respecto en el artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH<sup>8</sup>, pero éste no es un instrumento vinculante para todos los Estados miembros de la UE. Ni los Países Bajos ni Alemania han ratificado este Protocolo. El Reino Unido es el único miembro del Consejo de Europa que ni siquiera lo ha firmado. Por otra parte, países como Francia y Luxemburgo han formulado reservas en el momento de la ratificación. Muchos países de la UE también han depositado declaraciones limitadoras en el momento de la firma. Es evidente que varios países de la UE<sup>9</sup>, como Austria, Francia, Alemania, Italia y los Países Bajos han limitado el ámbito de aplicación del principio excluyendo de su aplicación a las sanciones punitivas que están fuera del código penal. Alemania, por ejemplo, lo ha hecho de acuerdo con el artículo 103

---

<sup>5</sup> Art. 14 (7) PIDCP: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."

<sup>6</sup> Los Países Bajos, por ejemplo, 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 entraña 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 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."

<sup>7</sup> European Commission on Human Rights, 13.07.1970, Application 4212/69, CDR 35, 151.

<sup>8</sup> "1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio."

<sup>9</sup> Las declaraciones y reservas pueden verse en <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/DeclarationList.asp?NT=117&CM=8&DF=11/01/2013&CL=ENG&VL=1>, 11.01.2013.

de su Constitución. El principio *ne bis in idem* también se reconoce en el artículo 8 (4) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>10</sup>.

¿Qué podemos deducir de la jurisprudencia de los dos tribunales regionales de derechos humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Para empezar con este último, el Comité de Derechos Humanos<sup>11</sup> ha dejado claro en su jurisprudencia que el artículo 14 (7) no se aplica a las *res judicata* extranjeras, es decir, el principio *ne bis in idem* reconocido a nivel de las Naciones Unidas sólo tiene efecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro. También los tribunales regionales de derechos humanos, en la línea de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, han atribuido una eficacia jurídica nacional a los principios *ne bis in idem* del DIDH. Eso significa que las personas afectadas no pueden reclamar, de acuerdo con el DIDH, un efecto internacional o transnacional del principio.

De la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha quedado claro que el principio *ne bis in idem* no es un derecho humano absoluto. La obligación positiva de investigar, juzgar y sancionar violaciones graves de los derechos humanos (que incluye los crímenes internacionales más graves/fundamentales) puede dar lugar a una *res judicata* fraudulenta en materia penal, por tratarse de un castigo simbólico, por la forma en la que se ha obtenido la prueba durante la investigación y ha sido presentada por la acusación, o por la forma en la que el tribunal de enjuiciamiento ha llegado a su veredicto<sup>12</sup>. Esto está muy en la línea del enfoque del derecho de los tribunales penales internacionales. Si bien el artículo 10 del Estatuto del TPIY y el artículo 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional reconocen que el principio *ne bis in idem* debe aplicarse en la jurisdicción conjunta de los tribunales penales nacionales e internacionales, ambos tribunales penales internacionales pueden activar su jurisdicción incluso en caso de que existan sentencias nacionales, si los procedimientos judiciales nacionales no fueron ni imparciales ni independientes, tuvieron por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional o el caso no fue instruido con diligencia.

El análisis ha dejado claro que el principio *ne bis in idem* del DIDH no es capaz de ofrecer una protección internacional o transnacional. ¿Quizás haya sido capaz de armonizar de manera pretoriana la aplicación nacional del principio? La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el *ne bis in idem* es tan limitada que podemos excluir esto desde el inicio. De la jurisprudencia del TEDH se puede deducir que no ha sido fácil para el

---

<sup>10</sup> "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos."

<sup>11</sup> El Comité Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el art. 14 (7) no se aplica a las *res judicata* extranjeras, UN Human Rights Committee 2 Nov. 1987. Véase también las Observaciones Generales de 2007 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, en el punto 57: "Esta garantía concierne a los delitos penales solamente, y no a las medidas disciplinarias que no equivalen a una sanción por un delito penal en el sentido del artículo 14 del Pacto. Además, no garantiza el principio de *ne bis in idem* respecto de las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados. Este supuesto no debería, sin embargo, socavar los esfuerzos de los Estados para evitar que se juzgue dos veces el mismo delito penal mediante convenios internacionales".

<sup>12</sup> *Loayza-Tamayo v. Peru*, sentencia de 17.09.1997; *Almonacid-Arellano v. Chile*, sentencia de 26.09.2006, par. 154 and *La Cantuta v. Peru*, sentencia de 29.11.2006 par. 153.

Tribunal definir de manera clara el fundamento y el alcance del principio *ne bis in idem*. En la mayoría de los casos se solicitó al Tribunal que hiciera frente a la definición del *idem*. Después de algunas sentencias contradictorias sobre la aplicación del artículo 4 del Protocolo Séptimo, ya sea basado en el *idem factum* en *Gradinger v. Austria*, o bien en el concepto de que la misma conducta puede constituir varios delitos en *Oliviera v. Suiza*<sup>13</sup>, el TEDH elaboró en el caso de *Franz Fischer v. Austria*<sup>14</sup> un concepto de *idem factum* basado en "elementos esenciales" de los dos delitos, aunque en los casos *Göktan v. Francia*<sup>15</sup>, el Tribunal parecía confiar una vez más en el *idem* jurídico. En los últimos años, el Tribunal ha utilizado de nuevo con frecuencia el concepto *idem factum* sobre la base de los "elementos esenciales" de los delitos, como en el caso *Bachmaier v. Austria*<sup>16</sup>, el caso *Hauser-Sporn v. Austria*<sup>17</sup> y el caso *Garretta v. Francia*<sup>18</sup>. Muy recientemente, en el caso de *Zolotukhin v. Rusia* la Gran Sala<sup>19</sup> admitió que su jurisprudencia no ofrecía ni seguridad jurídica ni orientación y reconoció la necesidad de una interpretación armonizadora. El TEDH ha confirmado en *Zolotukhin v. Rusia* su jurisprudencia sobre el elemento *bis* del principio. El Tribunal define el elemento *bis* como inicio de un nuevo proceso, cuando una absolución o condena ya han adquirido fuerza de cosa juzgada *res judicata*<sup>20</sup>. Esto significa que el elemento del *bis* también incluye la combinación de dos imputaciones penales en el sentido del art. 6 CEDH, por ejemplo, la imposición de una sanción penal punitiva y una sanción punitiva administrativa<sup>21</sup>. En el caso *Zolotukhin v. Rusia* el Tribunal califica de penal la primera infracción administrativa, mediante el uso de los criterios elaborados en el caso *Engel*, a los efectos del art. 4 del Protocolo 7, sobre todo debido a la naturaleza de la infracción y la severidad de la pena impuesta.

La conclusión sobre el efecto de armonización a nivel nacional queda, por ello, debilitada. En primer lugar, no todos los Estados miembros de la UE han ratificado el Protocolo. En segundo lugar, algunos han formulado reservas. Esto significa que el efecto es desigual entre los Estados miembros. En tercer lugar, la jurisprudencia del TEDH no ha sido abundante y no es, como reconoce el propio Tribunal, un ejemplo de doctrina clara y que sirva de orientación. Con todo, el TEDH ha optado por una interpretación armonizadora en su reciente jurisprudencia. Permanece el problema de que este efecto de armonización no es jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros de la UE.

<sup>13</sup> *Gradinger v. Austria*, sentencia de 23.10.1995, Series A No. 328-C, y *Oliveira v. Switzerland*, sentencia de 30.07.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, p. 1990. Pueden encontrarse más sentencias en <http://www.echr.coe.int>.

<sup>14</sup> *Franz Fischer v. Austria*, sentencia de 29.05.2001, Series A No. 312 (C), confirmada en *W.F. v. Austria*, sentencia 30.05.2002. El mismo enfoque se aplicó en *Sailer v. Austria*, sentencia de 6.06.2002.

<sup>15</sup> *Göktan v. France*, sentencia de 2.07.2002. El mismo enfoque se aplicó en *Gauthier v. France*, sentencia de 24.06.2003 y en *Ongun v. Turkey*, sentencia de octubre de 2006.

<sup>16</sup> *Bachmaier v. Austria*, sentencia de 2.09.2004.

<sup>17</sup> *Hauser-Sporn v. Austria*, sentencia de 7.12.2006.

<sup>18</sup> *Garretta v. France*, sentencia de 4.03.2008.

<sup>19</sup> *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10.02.2009.

<sup>20</sup> *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10.02.2009, 83.

<sup>21</sup> 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); véase también VERVAELE, «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos», *Actualidad Penal*, 1999, pp. 291-315.

Para concluir, podemos destacar que el efecto vinculante del DIDH se limita a cada jurisdicción única y que el efecto de los principios *ne bis in idem* reconocidos en el DIDH no puede decirse que ofrezca una protección equivalente en la UE.

### 3.2. Asistencia legal mutua (MLA) y reconocimiento mutuo (RM) UE en materia penal

Desde la década de 1950 el Consejo de Europa ha realizado esfuerzos para introducir un principio *ne bis in idem* internacional de carácter regional en el marco de la MLA. Esto significa que el principio *ne bis in idem* puede desempeñar un papel en la extradición de una persona o en la obtención de pruebas en el extranjero a través de medidas coercitivas. Sin embargo, en este marco de cooperación el principio *ne bis in idem* se aplica únicamente *inter partes*, lo que supone que puede o debe ser aplicado entre los Estados contratantes en el marco de una concreta solicitud. No se considera un derecho individual *erga omnes*.

En los instrumentos convencionales sobre MLA el principio *ne bis in idem* es una importante causa de denegación de auxilio de carácter obligatorio u opcional. Este principio se incluyó en el Tratado de Extradición, hito multilateral del Consejo de Europa, de 13 de diciembre de 1957. El artículo 9 prevé no sólo la formulación clásica del principio *ne bis in idem* respecto de sentencias definitivas (*res judicata*), sino que también se incluyen las decisiones finales de carácter procesal. La primera causa de denegación es obligatoria mientras que la segunda, sin embargo, es opcional:

«No se concederá la extradición cuando la persona reclamada hubiera sido definitivamente sentenciada por las autoridades competentes de la Parte requerida, por el hecho o los hechos motivadores de la solicitud de extradición. Podrá ser denegada la extradición si las autoridades competentes de la Parte requerida hubieren decidido no entablar persecución, o poner fin a los Procedimientos pendientes por el mismo o los mismos hechos.»

El artículo 8 también contiene una causa de denegación opcional basada en el *ne bis in idem* en caso de litispendencia:

«La Parte requerida podrá denegar la extradición de la persona reclamada si ésta fuera objeto de persecución por las autoridades competentes de aquélla, a causa del hecho o los hechos motivadores de la solicitud de extradición.»

El Convenio de extradición se refiere al *ne bis in idem* en un entorno clásico intergubernamental entre el Estado requirente y el Estado requerido, pero el Protocolo adicional de 15 de octubre 1975 complementa el artículo 9 del convenio con los párrafos 2 y 3, que también abarcan a otras Partes Contratantes<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> “2. No se concederá la extradición de una persona sobre la que haya recaído sentencia firme en un tercer Estado, Parte Contratante del Convenio, por el delito o los delitos por razón de los cuales se haya presentado la solicitud.

a) Cuando dicha sentencia sea absolutoria.  
 b) Cuando la pena privativa de libertad o la otra medida impuesta.  
   I. Se haya cumplido íntegramente.  
 II. Haya sido objeto de gracia o amnistía sobre la totalidad o sobre la parte no cumplida;  
 c) Cuando el Juez hubiere declarado la culpabilidad del autor sin imposición de sanción alguna.  
 3. Sin embargo, en los casos previstos en el párrafo 2, podrá concederse la extradición:

En el Convenio del Consejo de Europa de asistencia judicial en materia penal de 1959, que trata de la recolección de la prueba, no se incluye una disposición sobre el *ne bis in idem*, ni en los protocolos adicionales de 1978 y de 2001. Tampoco se contiene en el Convenio de la UE de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea ni en su Protocolo Adicional de 2001. En otras palabras, los Estados europeos están dispuestos a aceptar el *ne bis in idem* como causa de denegación en materia de MLA en lo que respecta a la extradición (incluida la privación de la libertad), pero no para otras medidas coercitivas de investigación.

El *ne bis in idem* es una causa de denegación obligatoria en el Convenio europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970 (artículos 53-57) y en el Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimientos en Materia Penal de 1972 (artículos 35-37). Sin embargo, ambos convenios tienen una tasa de ratificación relativamente baja y contienen un gran número de excepciones al principio *ne bis in idem*. En el Convenio de Varsovia (2005) relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (artículo 28 (f)), cuya ratificación es más amplia, es opcional, pero algunos Estados contratantes lo incluyeron en su declaración de ratificación como motivo de denegación de las solicitudes de cooperación.

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea en 1998, el Consejo Europeo introdujo un ambicioso programa de reconocimiento mutuo con el objetivo de sustituir los instrumentos del Consejo de Europa sobre MLA por instrumentos adecuados de RM en la UE. El primer buque insignia fue la orden de detención europea, que sustituyó al régimen de extradición. En la orden de detención europea se incluye el *ne bis in idem* en el art 3 (2) como motivo para la no ejecución obligatoria:

«cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena.»

Sin embargo, cuando no hay sentencia firme, sino sólo enjuiciamiento o cuando la sentencia firme procede de un tercer Estado, la disposición sobre el *ne bis in idem* es opcional en el art. 4:

«2. cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea; (...)»

---

Si el delito que hubiere dado lugar a la sentencia se hubiere cometido contra una persona, una institución o un bien que tenga carácter público en el Estado requirente.

- a) Si la persona sobre la cual recayere la sentencia tuviera ella misma un carácter público en el Estado requirente.
- b) Si el delito que hubiere dado lugar a una sentencia se hubiere cometido, en su totalidad o en parte, en el territorio del Estado requirente o en un lugar asimilado a su territorio.
- c) Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 no serán obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales más amplias relativas al efecto «non bis in idem» inherente a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.”

5. cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena;»

En el exhorto europeo de obtención de pruebas -el régimen de reconocimiento mutuo que sustituye al sistema de asistencia mutua- se introduce en el art. 13 (1) (a) una disposición sobre el *ne bis in idem*, pero como motivo opcional de no reconocimiento. En el exhorto europeo de investigación en materia penal (EEI), en proceso de negociación y que debería reemplazar el exhorto europeo de obtención de pruebas, sigue siendo en el artículo 10 (1) (e) un motivo opcional de denegación de la ejecución.

¿Qué podemos concluir de esta visión general que va desde la MLA hasta el RM en materia penal en lo que respecta a la aplicación del principio *ne bis in idem*? En primer lugar, queda claro que el principio sólo entra en juego cuando las autoridades competentes (Estados o autoridades judiciales) solicitan asistencia legal mutua u ordenan el RM. En otras palabras, no es un derecho de la persona, sino una causa de denegación (MLA) o motivo de denegación de la ejecución (RM) entre los Estados (MLA) o entre las autoridades judiciales (RM). Impide la cooperación entre las partes implicadas y no reconoce un derecho al sujeto. En segundo lugar, solo en un par de situaciones el *ne bis in idem* impide obligatoriamente la cooperación, en bastantes casos es opcional o ni siquiera está previsto. En tercer lugar, el régimen MLA-RM no cubre todo el campo de las sanciones punitivas. La mayoría de los instrumentos no incluyen sanciones punitivas que se pueden imponer de acuerdo con la legislación administrativa. Podemos concluir que el marco de la cooperación regional en materia penal, ya sea MLA o RM, no prevé una aplicación transnacional del *ne bis in idem* ni en el territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa ni en los territorios de los Estados miembros de la UE, en el sentido de que los ciudadanos o personas jurídicas pueden adquirir un derecho que les proteja para no ser castigados o procesados dos veces.

En general, también se hace evidente que el llamado *ne bis in idem* internacional no ofrece a la persona una protección internacional o transnacional. De hecho, el Derecho internacional público solo impone obligaciones en el ordenamiento jurídico interno o condiciona la cooperación entre los ordenamientos jurídicos internos, sin introducir un derecho transnacional regional o global que proteja frente al *bis in idem*. Esta protección contra la doble sanción carece de un alcance internacional o transnacional para el individuo.

El proceso de integración europea en la antigua Comunidad Europea (CE) y en la actual Unión Europea (UE) ¿nos ofrece otro panorama de necesidades y soluciones?

#### **4. Integración Europea y *ne bis in idem***

##### **4.1. El principio *ne bis in idem* en el Derecho comunitario**

No causa sorpresa que la CE tropezara con la cuestión de la aplicación transnacional del principio *ne bis in idem* antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y de la política de justicia e interior. En el ámbito de la política de competencia, las competentes

para imponer sanciones administrativas punitivas eran tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales encargadas de garantizar la competencia<sup>23</sup>. En algunos países también los tribunales penales podían intervenir en casos relativos al Derecho de la competencia. En aquel entonces era más que real el riesgo de doble imposición de sanciones punitivas a las personas jurídicas implicadas. El TJCE tuvo que resolver asuntos relativos a la aplicación del principio *ne bis in idem* en el campo del Derecho de la competencia<sup>24</sup>. Ya señaló en el asunto *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*<sup>25</sup> que las dobles persecuciones, una por la Comisión y otra por las autoridades nacionales, eran conformes al Reglamento 17/62<sup>26</sup> y no violaban el principio *ne bis in idem*, puesto que era diferente el ámbito de las disposiciones normativas europeas y el de las nacionales. Sin embargo, si el resultado es la imposición de dos sanciones consecutivas, un requisito de justicia natural demanda que toda decisión punitiva previa deba ser tenida en cuenta para la determinación de cualquier sanción a imponer (principio de descuento - *Anrechnungsprinzip*). El TJCE fue elaborando una jurisprudencia que confirmaba que el principio *ne bis in idem* es un principio general del Derecho comunitario<sup>27</sup>, lo que significa que no está limitado a las sanciones penales y se aplica en materia de la competencia. Sin embargo, en el asunto *Cemento*<sup>28</sup>, el TJCE sometió la aplicación del principio general *ne bis in idem* en el área del Derecho de la competencia CE a un "triple requisito" de "identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido". Este triple requisito exigido por el TJCE para definir el elemento *idem* no está en consonancia con la definición del *idem factum* recientemente elaborado por el TEDH en el caso *Zolutukhin*<sup>29</sup>. Otro punto de conflicto con la jurisprudencia del TEDH es el hecho de que el Tribunal de Justicia parece limitar el principio *ne bis in idem* al doble castigo y admitir el principio de descuento en lugar de prohibir el segundo castigo. Estos problemas no han sido resueltos por el vigente Reglamento sobre la competencia 1/2003<sup>30</sup>. 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 ejecución (art. 35). La Comisión Europea y las autoridades nacionales formarán una red basada en la estrecha cooperación. En la práctica, deben evitarse los conflictos de jurisdicción y los problemas con el *ne bis in idem* a través de buenas prácticas de cooperación, a resultas de las cuales las autoridades de la competencia pueden suspender o terminar sus procedimientos (art. 13). Con todo, no

<sup>23</sup> WILS, «The principle of 'ne bis in idem' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis», *World Competition*, 2003, núm. 2.

<sup>24</sup> WILS, *World Competition*, 2003, núm. 2.

<sup>25</sup> Asunto 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 3.

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, sentencia de 14.12.1972, *Boehringer Mannheim/Commission* (Rec.1972, p. 1281) (DK1972/00323 GR1972-1973/00313 P 1972/00447 ES1972/00261 SVII/00061 FIII/00059) y sentencia del Tribunal de 15.10.2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)* (C-238/99 P), *DSM NV and DSM Kunststoffen BV* (C-244/99 P), *Montedison SpA* (C-245/99 P), *Elf Atochem SA* (C-247/99 P), *Degussa AG* (C-250/99 P), *Enichem SpA* (C-251/99 P), *Wacker-Chemie GmbH and Hoechst AG* (C-252/99 P) e *Imperial Chemical Industries plc (ICI)* (C-254/99 P) v. *Commission of the European Communities*.

<sup>28</sup> Asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland y otros / Comisión* [2004] ECR I-123 (*Cemento*).

<sup>29</sup> Véase el apartado punto 3.1.

<sup>30</sup> Reglamento 1/2003, D.O. 2003, L 1/1-25, que entró en vigor el 1 de mayo de 2004.

existe ninguna obligación, lo que significa que no está excluida una doble persecución como tal.

No podemos hablar en el área del Derecho de la competencia de un principio *ne bis in idem* transnacional completamente elaborado. El legislador se ha mantenido en silencio y el TJCE ha limitado el fundamento del principio tanto en lo que respecta a la definición del *idem* como a la definición de la doble sanción. Por todo, no ha habido ninguna acción legislativa relativa a la armonización de la aplicación del *ne bis in idem* en el ámbito nacional y en el del Derecho de la UE, a diferencia de lo que ha ocurrido en el ámbito de las políticas de la UE en las que se han dispuesto sanciones punitivas, como por ejemplo en el área de las políticas comunes de agricultura y pesca.

#### **4.2. La primera base para un principio penal *ne bis in idem* regional transnacional: el espacio Schengen<sup>31</sup>**

Las cosas comenzaron a cambiar con motivo de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y la creciente integración en el ámbito de la justicia e interior. En varios instrumentos se incluyeron cláusulas sobre el *ne bis in idem* que imponían a los Estados miembros el deber de respetarlo a nivel nacional cuando se tratara de aspectos relativos a los asuntos de justicia e interior. 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*<sup>32</sup>, 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 Europea<sup>33</sup>. Estas cláusulas tienen por objeto que se respete el *ne bis in idem* en cada jurisdicción individual de los Estados miembros de la UE y no pretenden una regulación transnacional del principio.

Ya en la década de 1980 los Ministros Europeos de Justicia eran totalmente conscientes de que la profundización y la ampliación de la Integración Europea conllevaban un aumento del crimen transfronterizo y de la justicia transnacional en Europa. En el marco de la Cooperación Política Europea<sup>34</sup>, 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. Este Convenio se refiere al principio *ne bis in idem* en una escena transnacional en la CE. El Convenio ha sido muy escasamente ratificado<sup>35</sup>, pero su contenido quedó integrado en el capítulo 3 (artículos 54-58) del Convenio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 (en lo sucesivo CAAS). Estos acuerdos de Schengen sirvieron como fundamento jurídico convencional para una cooperación reforzada en los asuntos de Justicia e Interior. Sin embargo, habían sido elaborados por una

<sup>31</sup> WEYEMBERGH, «Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?», *Cahiers de droit européen*, 2004, pp. 337-375.

<sup>32</sup> Véase art. 7 del Convenio, D.O. 1996, C 313/3.

<sup>33</sup> D.O. 1997, C 195/1, art. 10.

<sup>34</sup> VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, 1992, p. 345 y VERVAELE/KLIP (eds.), *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, 2002.

<sup>35</sup> 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.

minoría de Estados CE y fuera del marco jurídico de la CE. Con todo, el CAAS se puede calificar como el primer convenio multilateral que reconoce el principio internacional *ne bis in idem* como derecho individual *erga omnes*, si bien limitado al espacio regional Schengen.

El principio *ne bis in idem* se contiene en el artículo 54 CAAS de la siguiente manera:

«Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.»

De la lectura se deriva claramente que la aplicación del principio *ne bis in idem* depende de una cláusula de ejecución, que se refiere a la aplicación efectiva de la sanción con el fin de evitar la impunidad.

El artículo 55 limita aún más el alcance del artículo 54, con la introducción de la posibilidad de que los Estados Schengen realicen reservas en el momento de la aprobación o ratificación. Se pueden presentar reservas en relación con los siguientes supuestos

- «a) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, 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;
- b) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante;
- c) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.»

También está claro que el *ne bis in idem* Schengen no se opone a una mayor protección nacional, tal y como dispone como el artículo 58 CAAS:

«Las disposiciones anteriores no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto non bis in idem vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.»

El principio *ne bis in idem* transnacional Schengen supuso una mejora importante y mostraba claramente que el incremento de la integración de la justicia no podía basarse única y decisivamente en consideraciones de aplicación eficaz. Sin embargo, el CAAS era un esquema intergubernamental sin supervisión judicial y se limitaba al territorio común de los Estados Schengen, y estos Estados podían usar y utilizaron el artículo 55 para limitar el alcance del principio mediante la presentación de cláusulas nacionales de territorialidad o interpretaciones amplias de los intereses nacionales esenciales. No todos los Estados Schengen estaban convencidos de que el CAAS estaba otorgando derechos a los ciudadanos, ya que algunos de ellos se negaron a publicar el texto como fuente pública de derecho.

### 4.3. De un principio transnacional Schengen a un principio transnacional de la Unión y un derecho fundamental de la UE

Lo que todavía era políticamente imposible en la conferencia intergubernamental que llevó al Tratado de Maastricht, se convirtió por fin en realidad con la entrada en vigor en 1999 del Tratado de Ámsterdam, pese a que hubo que esperar hasta la última reunión de los Jefes de Estado en Ámsterdam para sacarlo adelante. Los acuerdos intergubernamentales Schengen de 1985 y 1990 y el acervo Schengen se incorporaron al Derecho de la UE a través del Protocolo 19 anexo al Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea (TUE)<sup>36</sup>. Ni el Protocolo, ni la decisión del Consejo sobre la integración del acervo de Schengen<sup>37</sup> se refieren a las reservas formuladas de acuerdo con el artículo 55 CAAS. El resultado fue que el *ne bis in idem* del capítulo 3 del CAAS se convirtió en un principio *ne bis in idem* transnacional para la Unión en el área de justicia y asuntos de interior (tercer pilar), formando parte del espacio de libertad, seguridad y justicia. Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales (CDF) se convirtió en un texto vinculante, lo que significaba que el principio *ne bis in idem* contenido en el artículo 50 CDF se convertía en un derecho fundamental vinculante con un alcance transnacional en la UE. Asimismo, el Tratado de Ámsterdam atribuyó al TJCE jurisdicción (limitada) en este ámbito.

El artículo 50 CDF dispone:

«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.»

Aunque la redacción del artículo es muy clásica y parece referirse sólo a los delitos, es evidente que el texto debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia del TEDH. El artículo 52 (3) CDF dispone claramente que el sentido y el alcance de los derechos de la Carta serán iguales a los que le confiere dicho Convenio. Esto significa *in concreto* que la aplicación del concepto de acusación en materia penal del artículo 6 del CEDH y los criterios elaborados en el caso Engel para la definición de *ne bis in idem*, dan como resultado un principio *ne bis in idem* del artículo 50 CDF que se aplica al doble castigo derivado de sanciones punitivas administrativas y sanciones penales. El hecho de que el *ne bis in idem* del CEDH se aplique exclusivamente a nivel nacional y el artículo 50 CDF tenga una aplicación en el ámbito del Derecho de la UE (que puede ser nacional, transnacional y / o en el ámbito europeo), no significa que no tengamos un derecho similar con una función equivalente. Por otra parte, en virtud del artículo 52 (3) la UE puede proporcionar una protección más amplia. Eso significa que la jurisprudencia del TJCE que establece una protección más amplia que la del TEDH es perfectamente compatible con el artículo 50 CDF. Lo que supone que la jurisprudencia del TJCE que da una protección más amplia está plenamente en consonancia con la Carta.

En el momento de la integración del *ne bis in idem* Schengen en la Unión, la UE y sus Estados miembros no sólo estaban convencidos de la necesidad de un *ne bis in idem*

<sup>36</sup> Véase [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/borders-and-visas/schengen-agreements/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/borders-and-visas/schengen-agreements/index_en.htm).

<sup>37</sup> Decisión del Consejo 1999/436/CE de 20 de mayo de 1999.

transnacional en el espacio de libertad, seguridad y justicia, vista la diversidad de concepciones del principio en cada jurisdicción de los Estados miembros y su alcance nacional, sino que también se hizo hincapié en la necesidad de una legislación sobre la materia. De hecho, en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre la aplicación del espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>38</sup> se afirma que se establecerán medidas en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado para la "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 penal<sup>39</sup>, el principio *ne bis in idem* se incluyó entre las prioridades inmediatas de la UE. Sin embargo, los Estados miembros de la UE han luchado y luchan hasta hoy con dos aspectos del problema: cuál debe ser el fundamento y el alcance del principio *ne bis in idem* y qué sistema se ha de poner en marcha con el fin de resolver los conflictos de jurisdicción en materia penal o de proporcionar mecanismos o criterios sobre los que realizar una elección deliberada de jurisdicción<sup>40</sup>. En 2003 Grecia presentó una propuesta de Decisión marco sobre el *ne bis in idem*<sup>41</sup>, que tenía el objetivo de sustituir a los artículos 54 a 58 del CAAS por nuevas normas jurídicas de la UE con el fin de garantizar la uniformidad tanto en la interpretación de dichas normas como en su aplicación práctica. En primer lugar, sorprende que la propuesta tenga por objeto la codificación de las excepciones contenidas en las reservas al Derecho de Schengen UE como excepciones generales al principio. En segundo lugar, los redactores de la propuesta optan por un enfoque del elemento *bis* del principio que no está en consonancia con la jurisprudencia<sup>42</sup> del TEDH. De hecho, la propuesta define los delitos como infracciones penales en sentido estricto e infracciones administrativas o infracciones castigadas con una multa administrativa con la condición de que puedan ser objeto de recurso ante un tribunal penal. La propuesta prefiere la tradición alemana del Derecho penal administrativo (*Ordnungswidrigkeiten*) en lugar de aplicar los criterios del caso *Engel* del artículo 6 CEDH sobre sanciones punitivas. La iniciativa fue debatida en el Consejo de Ministros, pero la multitud de opiniones divergentes entre los Estados miembros rápidamente puso de manifiesto la inviabilidad de esta solución legislativa. Ninguna nueva iniciativa legislativa se ha presentado al Consejo, ni de la Comisión ni de los Estados miembros. En cuanto a la evitación de problemas de *ne bis in idem* mediante la resolución de los conflictos de jurisdicción en su debido tiempo, la Comisión Europea elaboró en 2005 un Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales<sup>43</sup>, preparando el camino para una decisión marco sobre la cuestión. Por último, la Comisión no ha formulado una propuesta. En 2009, la Presidencia de la República Checa presentó una propuesta de Decisión marco

<sup>38</sup> DO C 19/1 de 23 de enero de 1999, punto 49(e).

<sup>39</sup> DO C 12/01 de 15.01.2001.

<sup>40</sup> GLESS, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, 2006.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Véase LUCHTMAN, «Choice of forum in an area of freedom, security and justice», *ULR* (7), 2011.

<sup>43</sup> COM (2005) 696 final y Commission Staff working document SEC (2005) 1767. Véase WASMEIER/THWAITES, «The development of *ne bis in idem* into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments», *European Law Review*, 2006, pp. 565-578.

sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales<sup>44</sup>. Sin embargo, el contenido de la Decisión marco<sup>45</sup> no contiene realmente una priorización de competencia o criterios estrictos para el procesamiento centralizado. Está muy concentrado en el intercambio de información y la mediación entre los Estados miembros sobre cuestiones de competencia jurisdiccional.

Una vez más, le ha correspondido al Tribunal de Justicia europeo asumir su rol pretoriano y llenar el vacío legal existente sobre muchos aspectos jurídicos relevantes, en relación con los fundamentos y el alcance del principio y, también, la transición de Schengen a la UE. De hecho, en el momento mismo de la integración de Schengen en el Derecho de la Unión varios Estados Schengen presentaron reservas. Por último, ha de aclararse la relación entre la cláusula *ne bis in idem* del art. 50 de la Carta y las cláusulas sobre el *ne bis in idem* de Schengen.

#### **4.4. Fundamento y ámbito de aplicación del principio transnacional *ne bis in idem* previsto en el artículo 54 CAAS<sup>46</sup>**

Desde los asuntos acumulados *Gözütok y Brügge*<sup>47</sup>, de manera constante los tribunales nacionales han presentado al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 35 del TUE sobre la interpretación del artículo 54 del CAAS, planteando interrogantes interesantes<sup>48</sup> sobre la relación y el alcance del elemento *bis* (*Gözütok y Brügge, Miraglia*<sup>49</sup>, *Van Straaten*<sup>50</sup>, *Turanský*<sup>51</sup>) y la cláusula de ejecución (*Klaus Bourquain*<sup>52</sup> y *Kretzinger*<sup>53</sup>), y sobre el fundamento y el alcance del elemento *idem* (*Van Esbroeck*<sup>54</sup>, *Van Straaten*<sup>55</sup>, *Gasparini*<sup>56</sup>, *Kretzinger, Kraaijenbrink*<sup>57</sup> y *Gasparini*<sup>58</sup>).

De la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que ha procedido a una interpretación autónoma del principio, dejando de lado el fundamento del legislador

---

<sup>44</sup> Propuesta de Decisión marco sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procedimientos penales, Documento del consejo 5208/09, 20 de enero de 2009 (original proposal on conflicts of jurisdiction). El informe explicativo puede verse en Council Document 5208/09, ADD 2, Brussels, 20 January 2009.20 January 2009, 5208/09, Copen 7.

<sup>45</sup> Decisión marco 2009/948/JHA del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

<sup>46</sup> WEYEMBERGH, «Le principe non bis in idem: une contribution essentielle de la CJUE», en Court of Justice of the European Union (Ed.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, 2013, pp. 539-561.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11.02.2003 en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01 (Petición de decisión prejudicial del *Oberlandesgerich 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.

<sup>48</sup> LIGETI, «Rules on the application of ne bis in idem in the EU», *Eucrim* (1-2), 2009, pp. 37-43.

<sup>49</sup> Asunto C-469/03, sentencia de 10.03.2005.

<sup>50</sup> Asunto C-150/05, sentencia de 28.09.2006.

<sup>51</sup> Asunto C-491/07, sentencia de 22.12.2008.

<sup>52</sup> Asunto C-297/07, sentencia de 11.12.2008.

<sup>53</sup> Asunto C-288/05, sentencia de 18.07.2007.

<sup>54</sup> Asunto C-436/04, sentencia de 9.03.2006.

<sup>55</sup> Asunto C-150/05, sentencia de 28.09.2006.

<sup>56</sup> Asunto C-467/04, sentencia de 28.09.2006.

<sup>57</sup> Asunto, C-367/05, sentencia de 18.07.2007.

<sup>58</sup> Asunto C-467/04, sentencia de 28.09.2006.

Schengen. El nuevo contexto de la UE cambió el fundamento, el alcance y la función del principio *ne bis in idem*, ya que se convirtió en parte del esquema de la confianza mutua en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Consecuencia de esta jurisprudencia es que ya se puede hablar de un principio transnacional real, pues su aplicación no depende de otras normativas o de la armonización del Derecho sustantivo. Siguiendo este enfoque, el TJCE se decantó por una aplicación extensiva del principio, al no limitar el *bis* a las sentencias definitivas e incluir los acuerdos extrajudiciales sobre el fondo del asunto, y al optar por una interpretación fáctica del *idem* y no limitar su aplicación a las definiciones *de iure* de los correspondientes tipos penales o a la *res judicata*. Sin embargo, el Tribunal de Justicia elaboró su principio solo en el espacio de libertad, seguridad y justicia, y no trató de elaborar un enfoque armonizado con el principio *ne bis in idem* del mercado interior / política de competencia. Esto significa que no podemos hablar de un principio *ne bis in idem* de la Unión para todos los ámbitos políticos, sino que todavía tenemos que hacer una distinción entre el espacio de libertad, seguridad y justicia, por un lado, y el mercado interior / política de la competencia, por otro.

Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE ha tenido un impacto armonizador más allá de la UE, pues ha inspirado al TEDH en algunos aspectos de este principio. El ejemplo más evidente lo constituye el caso *Zolotukhin v. Russia*, en el que la Gran Sala<sup>59</sup> se ha referido muy extensamente a las fuentes internacionales del Derecho comparado, incluida la jurisprudencia del TJCE sobre el *ne bis in idem* en el ámbito del derecho de la competencia y en el ámbito de los asuntos de justicia e interior, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. sobre la doble persecución. Asimismo, el Tribunal admite que: "(...) el cuerpo jurisprudencial que se ha ido acumulando a lo largo de la historia de la aplicación del artículo 4 del Protocolo n.º 7 por el Tribunal demuestra la existencia de varios enfoques a la cuestión de si los delitos por los que ha sido procesado el demandante fueron los mismos"<sup>60</sup>. El Tribunal pone de relieve la necesidad de una interpretación armonizada del elemento *idem* del principio *ne bis in idem*, a la luz de la diversidad de enfoques en la jurisprudencia del Tribunal, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la igualdad. El Tribunal optó definitivamente por el enfoque del *idem factum*: "El artículo 4 del Protocolo n.º 7 debe ser entendido como una prohibición del procesamiento o enjuiciamiento por un segundo "delito" en la medida en que surge de hechos idénticos o de hechos que son sustancialmente los mismos (...) La investigación del Tribunal, por tanto, tendría que centrarse en los hechos que constituyen un conjunto de concretas circunstancias fácticas que implican al mismo acusado e indisolublemente conectadas en el tiempo y en el espacio, cuya existencia debe demostrarse con el fin de obtener una condena o iniciar un proceso penal"<sup>61</sup>. El concepto armonizado de *idem* del Tribunal de Derechos Humanos está totalmente inspirado en la definición del *idem* del Tribunal de Justicia elaborada para el espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE.

Gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el principio *ne bis in idem* se ha convertido en un instrumento vivo para la protección transnacional en el espacio común de

<sup>59</sup> *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10.02.2009.

<sup>60</sup> *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10.02.2009, 70.

<sup>61</sup> *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10.02.2009, 82 y 84.

libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, debido a la falta de criterios obligatorios de elección de la competencia jurisdiccional en materia penal, el principio también se ha convertido en un mecanismo inadecuado de preferencia de jurisdicción. La primera jurisdicción que adopta una decisión sobre el mérito o fondo impide el ejercicio de la acción pública y el castigo a la misma persona por el mismo caso. Tal como está, no hay garantía alguna de que la primera jurisdicción sea también la jurisdicción más apropiada, no sólo desde el punto de vista de la eficacia de la justicia, sino también desde el punto de vista de la protección de la víctima y desde el punto de vista del sospechoso. En otras palabras, el principio *ne bis in idem* no puede funcionar adecuadamente en un espacio común sin la coordinación de la competencia jurisdiccional y de criterios vinculantes para la selección de la jurisdicción y la asignación adecuada de los casos en el ámbito de la justicia común.

Por último, el TJCE no ha sido capaz de aclarar todos los aspectos jurídicos del principio y sigue habiendo algunas notables diferencias con la jurisprudencia del TEDH. De la jurisprudencia del TEDH, también confirmada en el caso *Zolotukhin v. Rusia*, podemos deducir que éste define el elemento *bis* como inicio de un nuevo proceso cuando ya ha adquirido fuerza de cosa juzgada una absolución o condena previa<sup>62</sup>. En otras palabras, en la jurisprudencia de Estrasburgo el principio *ne bis in idem* no se limita a un doble castigo, sino que también incluye el doble enjuiciamiento. Además, el elemento *bis* también incluye la combinación de dos acusaciones penales en el sentido del artículo 6 CEDH, por ejemplo, la imposición de una sanción penal y una sanción punitiva administrativa. En el caso *Zolotukhin v. Rusia*<sup>63</sup> el TEDH califica la infracción administrativa, mediante el uso de los criterios elaborados en el caso *Engel*, de carácter penal a los efectos del art. 4 del Protocolo 7, sobre todo debido a la naturaleza de la infracción y la severidad de la sanción impuesta. Ya hemos subrayado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al aceptar el principio del descuento como compensación a la doble sanción<sup>64</sup>, no está en consonancia con la jurisprudencia del TEDH. Con todo, vemos señales de que el Tribunal de Justicia Europeo es consciente de los problemas y está dispuesto a aplicar el razonamiento del TEDH. Recientemente, el Tribunal de Justicia ha seguido el razonamiento del TEDH en el caso *Bonda*<sup>65</sup>, relativo a la acumulación de una sanción penal y la exclusión por vía administrativa de una subvención en el ámbito de la política agrícola común. El TJCE aplica los criterios del caso *Engel* utilizados respecto del principio *ne bis in idem* del art. 4 del Protocolo 7 y llega a la conclusión de que la exclusión de la subvención no tiene naturaleza penal / punitiva y, por lo tanto, no activa la aplicación del principio *ne bis in idem* en el presente caso. Esto quiere decir, sin embargo, que en el futuro el Tribunal de Justicia podría llegar a la conclusión de que algunas sanciones administrativas punitivas no pueden acumularse a las sanciones penales en el Derecho comunitario, como resultado de la prohibición de la doble sanción, una interpretación que estaría en plena consonancia con la del TEDH.

<sup>62</sup> *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10.02.2009, 83.

<sup>63</sup> *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10.02.2009, 52-57.

<sup>64</sup> Véase punto 4.1. supra.

<sup>65</sup> Asunto C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*, sentencia de 5.06.2012.

#### 4.5. El derecho fundamental UE a la prohibición del *ne bis in idem* del artículo 50 CDF: fundamento, límites y excepciones

##### a. Aplicación del artículo 50 CDF

De acuerdo con el artículo 51 (1) CDF, la Carta se aplica a las instituciones y órganos de la UE y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la UE. De acuerdo con el artículo 6 del Tratado UE, la Carta es vinculante como fuente principal del Derecho de la UE. Sin embargo, sigue abierto el debate sobre el significado exacto de la expresión “cuando apliquen el Derecho de la Unión” y, por lo tanto, el alcance de la aplicación de la Carta *ratione materiae* en los Estados miembros, pues el Tribunal de Justicia aún no ha expresado una opinión definitiva sobre el asunto<sup>66</sup>. Algunos Estados miembros, sin embargo, en sus intervenciones en los litigios sometidos al Tribunal de Justicia Europeo, se muestran partidarios de una interpretación restrictiva, por la que no sería suficiente para que la Carta fuera de aplicación “una conexión con el Derecho de la UE, actuando en el ámbito del Derecho de la UE o en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE”, que es el criterio vigente para el aplicación de los principios generales del Derecho comunitario.

La discusión es importante para nuestro tema, ya que afecta al ámbito de aplicación del artículo 50 CDF. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a algunos casos interesantes relacionados con la aplicación de las políticas comunitarias en el orden jurídico interno de los Estados miembros y el *ne bis in idem*.

En el caso C-617/10, *Aklagaren v. Hans Akerberg Fransson*, una de las cuestiones jurídicas de interés es exactamente el campo de aplicación material de la CDF. Las autoridades fiscales suecas acusaron al Sr. Fransson de irregularidades en materia de IVA y otras infracciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de información y le impusieron en 2007 una multa en concepto de sanción tributaria administrativa. En 2009 el Sr. Fransson fue penalmente procesado por los mismos hechos por los que se solicitaban hasta seis años de prisión. El Tribunal del Distrito de Haparanda presentó una cuestión prejudicial al TJCE. En su dictamen de 12 de junio 2012 el Abogado General Cruz Villalón<sup>67</sup> se pronuncia sobre la interpretación del artículo 51 (1) CDFUE. ¿Qué significa que los Estados miembros están obligados por las disposiciones de la Carta “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”? El Abogado General está apuntando más bien a la continuidad de la jurisprudencia existente sobre la aplicación de los principios generales de la comunidad / Derecho de la Unión sobre lo que significa “en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario”. Responde a tres cuestiones: alcance - ámbito de aplicación - aplicación. A su juicio, la competencia de la Unión para asumir la garantía de los derechos fundamentales respecto de las manifestaciones de poder de los Estados miembros cuando aplican su Derecho debe explicarse a partir de un interés específico de la Unión en que ese ejercicio de

---

<sup>66</sup> Véase también KOKOTT/SOBOTTA, «Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2010, pp. 265- 271.

<sup>67</sup> Asunto C-617/10, *Aklagaren v. Hans Akerberg Fransson*, Opinión del AG Cruz Villalón, 12.06.2012.

poder se acomode a la comprensión de los derechos fundamentales por parte de la Unión<sup>68</sup>. Sin embargo, a su juicio, la sola circunstancia de que ese ejercicio de poder, en concreto, el poder del Estado para imponer sanciones en este caso particular, tenga un origen último en el Derecho de la Unión no es por sí misma suficiente para poder considerar que existe una situación que implique la aplicación del Derecho de la Unión. El resultado de este razonamiento es que el vínculo no es suficiente para transferir de la esfera de competencia de los Estados miembros al de la Unión la revisión de las garantías constitucionales aplicables al ejercicio de este poder<sup>69</sup>. La premisa para constatar que la Unión tiene interés en asumir la responsabilidad de garantizar el derecho fundamental en cuestión reside en el grado de conexión entre el Derecho de la Unión que se está implementando y el ejercicio del poder público del Estado. Considera que la Directiva sobre el IVA<sup>70</sup> constituye un vínculo muy débil y, en todo caso, no supone un fundamento suficiente de la existencia de un interés claramente identificable por parte de la Unión en asumir la responsabilidad de garantizar el derecho fundamental específico en relación con la Unión<sup>71</sup>.

Es interesante comparar la opinión del Abogado General Cruz Villalón con la de la Abogado General Kokott en el similar asunto *Bonda*<sup>72</sup>. En este caso planteado en Polonia el Sr. Bonda, acusado de declaración incorrecta en el marco del esquema de subsidios agrícolas de la UE, fue excluido durante varios años por la Agencia administrativa de Reestructuración y Modernización Agrícola del subsidio de la UE y condenado a pena prisión que quedó en suspenso por el tribunal penal de distrito. El tribunal de apelaciones decidió, sin embargo, que el proceso penal contra Bonda era inadmisible por el principio *ne bis in idem*. Tras la apelación ante el Tribunal Supremo en interés de la ley, este último presentó una cuestión prejudicial ante el TJCE. En mi opinión, el problema relativo al *ne bis in idem* es muy similar en el asunto *Bonda* y en el asunto *Fransson*, ya que en ambos existe el riesgo de doble sanción punitiva (administrativa y penal) en un país. ¿Existe un diferente grado de conexión con la aplicación del Derecho de la UE? En el asunto *Bonda* existe un reglamento de la Comisión que impone explícitamente la exclusión de las subvenciones como sanción administrativa. Sin embargo, la aplicación de sanciones penales no está específicamente establecida por el Derecho de la Unión y, por tanto, solo impuesta de acuerdo con las obligaciones generales de aplicación del Tribunal de Justicia (*effet utile* y efectivo, sanciones proporcionadas y disuasorias)<sup>73</sup>. En el asunto *Fransson* no existe una disposición explícita en la Directiva sobre el IVA, sino sólo una referencia en el artículo 273:

«Los Estados miembros podrán establecer otras obligaciones que estimen necesarias para garantizar la correcta recaudación del IVA y prevenir el fraude (...).»

<sup>68</sup> Asunto C-617/10, *Aklagaren v. Hans Akerberg Fransson*, Opinión del AG Cruz Villalón, 12.06.2012, punto 40.

<sup>69</sup> Asunto C-617/10, *Aklagaren v. Hans Akerberg Fransson*, Opinión del AG Cruz Villalón, 12.06.2012, punto 40 y punto 54.

<sup>70</sup> Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006, DO 2006, L 347/1.

<sup>71</sup> Asunto C-617/10, *Aklagaren v. Hans Akerberg Fransson*, Opinión del AG Cruz Villalón, 12.06.2012, punto 57.

<sup>72</sup> Asunto C-489/10, Opinión de la Abogado General Kokott, 15.12.2011, punto 16.

<sup>73</sup> Asunto 68/88, *Commission v. Greece*, sentencia de 21.09.1989.

En el caso del IVA, los Estados miembros tienen, en todo caso, el deber de cumplir con las mismas obligaciones de aplicación impuestas por el TJCE, lo que significa que este "podrán" puede llegar a ser obligatorio y puede incluir sanciones administrativas y penales.

En el asunto *Bonda* la Abogado General Kokott subraya claramente que el principio *ne bis in idem* goza de la condición de derecho fundamental de la UE en virtud del artículo 50 CDF y que el asunto *Bonda* entra dentro del alcance de la Carta<sup>74</sup>, sea cual sea la interpretación - restrictiva o no - que se pueda dar al ámbito de aplicación material de la Carta. A pesar de las varias referencias de la Abogado General Kokott al artículo 50 CDF como un derecho humano aplicable, en su análisis y razonamiento el TJCE deja por completo de lado el artículo 50 CDF. Esto es más que sorprendente, ya que en ambos casos existe un alto grado de conexión con el Derecho de la Unión. El alcance y el interés son similares: una aplicación efectiva de la política agrícola común y el régimen común del IVA. En caso de aplicación ineficaz de ambas, ello afecta potencialmente al presupuesto de la Unión. En otras palabras, hay una relación directa con la protección de los intereses financieros de la Unión, que es uno de los intereses nucleares de la UE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 del TFUE.

Desde el punto de vista de la parte afectada, en ambos casos está en juego su derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos de acuerdo con el principio *ne bis in idem*, no solo como parte de una política de aplicación de un Estado soberano, sino también como consecuencia de las decisiones políticas y de ejecución de un Estado miembro que aplica y hace cumplir las obligaciones de la UE. En otras palabras, no estamos hablando aquí de un caso nacional puro que queda fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la UE. Cuando se persigue el objetivo de una tutela eficaz y equivalente de los intereses financieros de la Unión, es lógico que al mismo tiempo se pretenda una protección equivalente de los derechos humanos de acuerdo con lo dispuesto en la Carta. Esta es una razón suficiente para activar la aplicación material de la Carta y la jurisdicción del Tribunal que garantice una aplicación uniforme a través de las cuestiones prejudiciales.

En su sentencia de 28 de febrero de 2013 en el caso *Aktagaren v Hans Akerberg Fransson*, el TJCE excluye desde el principio que los Estados miembros puedan actuar en el ámbito del Derecho de la Unión con exclusión de la aplicación de la Carta:

«21. En consecuencia, puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta<sup>75</sup>.»

Para el Tribunal está claro que las sanciones tributarias y los procesos penales por evasión de impuestos a los que ha sido sometido la parte demandada en el litigio principal debido

<sup>74</sup> Asunto C-489/10, Opinión de la Abogado General Kokott, 15.12.2011, puntos 13 y 16.

<sup>75</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dbbbf4188f195b4950b8a39db4f609a7c1.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLbNz0?text=&docid=134202&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7438926>

a que la información relativa al IVA que se proporcionó era falsa, constituyen una aplicación de las Directivas de la UE y del artículo 325 del TFUE y, por lo tanto, del Derecho de la UE. El mero hecho de que la legislación nacional no se haya creado formalmente para incorporar la Directiva no es un argumento, pues aplica una obligación de la UE: impone sanciones efectivas por una conducta perjudicial para los intereses financieros de la UE.

Aplicado al caso concreto, el Tribunal de Justicia subraya que la Carta no impide que un Estado miembro imponga, para los mismos actos de incumplimiento de las obligaciones de declaración en el ámbito del IVA, una combinación de sanciones tributarias y sanciones penales. Para valorar si las sanciones tributarias son de naturaleza penal son aplicables los criterios elaborados por el TEDH en el caso *Engel*, también utilizados en el asunto *Bonda*. En este caso, al contrario que en el asunto *Bonda*<sup>76</sup>, el Tribunal de Justicia considera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de estos criterios, si la combinación de sanciones tributarias es de carácter punitivo. Si se considera punitiva, la doble sanción está prohibida por el artículo 50 CDF.

Con su sentencia en el asunto *Akerberg Fransson*, el Tribunal de Justicia ha confirmado la interpretación autónoma del artículo 50 CDF, su aplicación a la ejecución de la legislación de la UE a nivel nacional y su aplicabilidad a todas las sanciones punitivas en la línea con los criterios *Engel* sobre sanciones punitivas. En otras palabras, los Estados miembros que limitan el *ne bis in idem* a la ley penal en sentido estricto, en aplicación y cumplimiento del Derecho UE, tendrán que ampliar su ámbito de protección a fin de incluir las sanciones administrativas punitivas.

El asunto *Akerberg Fransson* es un caso nacional de aplicación del principio *ne bis in idem*, pero el artículo 50 CDF tiene efecto transnacional. Esto significa que los Estados miembros tendrán que tener en cuenta el principio *ne bis in idem* transnacional en todas las sanciones punitivas en la UE, cuando apliquen y ejecuten la legislación UE.

b. Limitaciones y excepciones al principio *ne bis in idem*: ¿cláusulas de recuperación de la soberanía nacional?

Aunque el artículo 50 CDF es una fuente primaria de Derecho de la Unión, coexiste con el artículo 54 CAAS, con las cláusulas sobre el *ne bis in idem* de los regímenes de la MLA y el RM y con el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH. A pesar de que estas múltiples cláusulas tienen diferentes funciones, no contribuyen a crear un principio general jurídico de carácter constitucional en la Unión. Además, muchas cláusulas sobre el *ne bis in idem* al margen del artículo 50 CDF tienen una aplicación restrictiva por razón de las excepciones, derogaciones o reservas. En los regímenes MLA y RM la cláusula *ne bis in idem* no puede ser sólo opcional, sino que, en caso de ser obligatoria, ha de estar también limitada mediante excepciones. Las mismas excepciones se vuelven también derogaciones o reservas al Protocolo 7 CEDH o al artículo 54 CAAS. En la práctica, algunos Estados

---

<sup>76</sup> En el asunto *Bonda* la sanción administrativa debía imponerse de acuerdo con el reglamento de la UE y el órgano jurisdiccional remitente preguntaba textualmente que se pronuncie sobre la naturaleza jurídica de la sanción.

miembros han formulado reservas que restringen o impiden la aplicación del *ne bis in idem* en las siguientes situaciones: delitos que han sido cometidos en territorio nacional (principio de territorialidad); exclusión de las sanciones administrativas punitivas de su ámbito de aplicación; protección de la seguridad nacional u otros intereses similares y / o delitos cometidos por funcionarios públicos.

Algunos tribunales nacionales se han visto obligados a tratar con este mosaico jurídico, que incluye la relación entre el artículo 50 CDF y el artículo 54 CAAS. En un interesante caso italiano el juez de instrucción del tribunal de Milán tuvo que pronunciarse sobre esta materia<sup>77</sup>. Tuvo que decidir en un auto de procesamiento dirigido contra dos sospechosos alemanes de asesinato en Italia en 1989, por el cual habían sido condenados a cinco años y seis meses de prisión en Alemania y, una vez ejecutada esta sentencia alemana y tras hacer uso de su derecho a la libertad de movimiento en la Unión Europea, fueron arrestados y acusados por las autoridades de la fiscalía italiana por los mismos hechos. En el momento de la ratificación de las disposiciones CAAS, Italia había utilizado sus prerrogativas para presentar reservas<sup>78</sup> de acuerdo con el artículo 55 CAAS, en orden a evitar la aplicación del artículo 54 CAAS cuando los actos a los que se refiere la sentencia extranjera tuvieran lugar en todo o en parte en su propio territorio (cláusula de territorialidad)<sup>79</sup>.

El punto de partida del juez italiano es el interés de la Unión en la libertad de movimientos en el área de libertad, seguridad y justicia. A su juicio, el artículo 50 CDF y el artículo 6 TUE, que no contienen excepciones al derecho fundamental y tienen aplicación directa e inmediata en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, mediante las excepciones Schengen quedarían *de iure* derogados. Aplicando su razonamiento al principio *ne bis in idem* del artículo 50 CDF y al artículo 6 TUE, decidió negativamente sobre llevar a juicio a ambos sospechosos<sup>80</sup>.

Es una pena que el juez italiano no presentara una cuestión prejudicial ante el TJCE planteando sus dudas, al menos en lo que se refiere a la validez de las reservas del CAAS tras la integración del acervo de Schengen en la Unión (a la vista de que no se mencionaron en el Protocolo de Schengen al Tratado de Ámsterdam y en la Decisión del Consejo relativa a la integración de Schengen), a la posibilidad de aplicar el artículo 50 CDF a la limitación de la libertad de circulación y a las consecuencias para la relación con las disposiciones sobre el *ne bis in idem* CAAS. Se trata de una oportunidad perdida para recibir respuestas uniformes del TJCE.

El Tribunal Supremo de Grecia<sup>81</sup> se ha pronunciado en el mismo sentido que el juez italiano del Tribunal de Milán. Grecia había presentado una reserva<sup>82</sup> de acuerdo con el

<sup>77</sup> Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, N. 12396/92 RG N.R- N. 3351/94 RG G.I.P., 6.07.2011.

<sup>78</sup> Previsto en el artículo 7 de la Ley italiana núm. 388 de 1993.

<sup>79</sup> Artículo 55(a) CAAS.

<sup>80</sup> Véase AMALFITANO, «Il principio del *ne bis in idem* tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Cassazione Penale*, núm. 11, 2012.

<sup>81</sup> Pleno del Tribunal Supremo griego, sentencia Núm. 1/2011 de 9.06.2011.

<sup>82</sup> Ratification Statute No. 2514/1997, OG A 140 “El Gobierno de la República Helénica declara, en aplicación del artículo 55 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que no estará vinculada

artículo 55 CAAS para eximir, entre otros, los delitos de tráfico de drogas de la aplicación de la norma sobre el *ne bis in idem*. El Tribunal Supremo griego conecta la protección del *ne bis in idem* con el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones y órdenes judiciales. Considera que el artículo 50 CDF es una disposición directamente aplicable que no necesita una mayor armonización para poder activarse y llega a la conclusión de que las reservas de Grecia basadas en el artículo 55 CAAS han sido abolidas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la CDF.

Los Tribunales penales alemanes han tenido que lidiar con casos en los que se había impuesto una sanción contra una persona, pero no se había ejecutado o estaba en proceso de ejecución. La cláusula de ejecución es una parte sustancial del artículo 54 CAAS, pero no se menciona en el artículo 50 CDF. El tribunal de distrito alemán de Aquisgrán<sup>83</sup> y el Tribunal Supremo Federal<sup>84</sup> decidieron que, de acuerdo con el artículo 52 (1) CDF los derechos consagrados en la Carta pueden ser limitados por leyes que respeten la esencia de la Carta. En su opinión, el artículo 54 CAAS representa una restricción de este tipo, por lo que el artículo 50 CDF sólo se aplica de conformidad con el artículo 54 CAAS. Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>85</sup>. Ninguno de estos tribunales ha presentado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

La interpretación del Tribunal Supremo Heleno y del Tribunal de distrito de Milán persigue una protección eficaz del derecho *ne bis in idem* en un espacio común de libertad, seguridad y justicia sin restricciones derivadas del régimen de cooperación intergubernamental de Schengen. Optan por una aplicación e interpretación autónoma del artículo 50 CDF. Sin embargo, no abordan el ámbito material de la Carta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 (1) CDF. ¿Qué significa que los Estados miembros solo están obligados por la Carta al aplicar el Derecho de la UE? ¿Para qué se aplique la Carta es

---

por el artículo 54 del Convenio en los casos siguientes: 1. Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en el territorio de la República Helénica. Sin embargo, 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. 2. Cuando la infracción contemplada en la sentencia extranjera haya sido cometida por un funcionario del Estado griego, incumpliendo las obligaciones de su cargo. 3. Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan las infracciones enumeradas a continuación, previstas por la legislación penal griega. a) Alta traición (artículos 134-137 del Código Penal). b) Traición contra el país (artículos 138-152 del Código Penal). c) Infracciones cometidas contra los órganos del Estado y el Gobierno (artículos 157-160 del Código Penal). d) Atentados contra el Presidente de la República (artículo 168 del Código Penal). e) Infracciones relativas al servicio militar y a la obligación del servicio militar (artículos 202-206 del Código Penal). f) Piratería (artículo 215 del Código de Derecho Marítimo Público). g) Infracciones relativas a la moneda (artículos 207-215 del Código Penal). h) Tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas. i) Infracción de la legislación sobre la protección de las antigüedades y del patrimonio cultural del país. 4. Cuando se trate de una infracción para la que los Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado griego prevean la aplicación de las leyes penales griegas.”

<sup>83</sup> 52 Ks 9/08- “Boere”, Decisión de 8.12.2010. Véase BURCHARD/BRODOWSKI, «The Post-Lisbon principle of transnational *ne bis in idem*: on the relationship between article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement», *New Journal of European Criminal law* (1), Issue 3, 2010, pp. 310-327.

<sup>84</sup> Decisión de 25.10.2010 (BGH- 1 StR 57/10).

<sup>85</sup> 1 BVerfG 15.12.2011, 2 BvR 148/11 para. núm. 43.

suficiente con que las restricciones al derecho a evitar el *ne bis in idem* afecten a la libertad de circulación dentro de la UE<sup>86</sup>? Al menos estas cuestiones deberían haber sido abordadas y respondidas o haber sido sometidas al TJCE mediante una cuestión prejudicial.

Se cree, sin embargo, que están en lo cierto al considerar que las reservas de acuerdo con el CAAS, siendo reservas de Estados soberanos y no restricciones decididas por los Estados miembros, no tienen mucho sentido en el espacio común de libertad, seguridad y justicia, y deben ser anuladas.

La interpretación de los tribunales alemanes es problemática desde otros puntos de vista. En primer lugar, las limitaciones a los derechos se han hecho en un contexto intergubernamental, no en un contexto común del espacio de libertad, seguridad y justicia. ¿Hasta qué punto tiene sentido la cláusula de ejecución en el área de libertad, seguridad y justicia? La cláusula no se incluye ni siquiera en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH. En cualquier caso, las limitaciones al derecho sólo son aceptables en virtud del artículo 52 (1) si cumplen cuatro condiciones: legalidad, respeto del contenido esencial del derecho protegido, necesidad y proporcionalidad<sup>87</sup>. En segundo lugar, la interpretación de los tribunales alemanes limita el ámbito de aplicación del artículo 50 CDF al espacio de libertad, seguridad y justicia a través del artículo 54 CAAS. Esto significa que la limitación carece de valor en otras áreas de la UE, como el ámbito del mercado interior y de la competencia. El resultado es una aplicación divergente del artículo 50 CDF.

Aunque en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH no tiene aplicación transnacional a diferencia del artículo 50 CDF, puede dar lugar a situaciones conflictivas para los Estados miembros, pues el artículo 50 CDF también se puede aplicar en el ámbito exclusivamente nacional. ¿Qué sucede si los Estados miembros no han ratificado el Protocolo 7 del CEDH o han formulado reservas en cuanto a su aplicación y no están dispuestos a aceptar la aplicación del principio *ne bis in idem* a la combinación de sanciones punitivas administrativas y penales? Así es como ha delineado el principio el Tribunal de Derechos Humanos y, por lo tanto, la base del artículo 50 CDF. En mi opinión, el artículo 50 CDF prohíbe *de facto* la falta de ratificación o las declaraciones o reservas, pues la Carta se aplica a una situación nacional del derecho *ne bis in idem*. En tal caso, todos los Estados miembros deben aplicar el contenido del artículo 50 CDF en consonancia con el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH. Sería extraño que en un espacio común de libertad, seguridad y justicia todavía pudieran prevalecer las reservas nacionales como una cláusula que erosiona un derecho fundamental del Derecho primario<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Véase, Asunto C-256/11, *Murat Dereci*, Sentencia de 15.11.2011.

<sup>87</sup> WEYEMBERGH, *Cahiers de droit européen*, 2004, pp. 337-375.

<sup>88</sup> A contrario, Asunto C-617/10, *Aklagaren v. Hans Akerberg Fransson*, Opinión de AG Cruz Villalón, 12.06.2012.

## 5. Conclusión

¿Existe a día de hoy en la UE una protección equivalente transnacional basada en el principio *ne bis idem* aplicable tanto a la dimensión vertical como a la horizontal de la integración europea?

Hemos llegado a la conclusión de que esta protección no está garantizada ni por el principio *ne bis in idem* nacional, ni por el del Derecho internacional público contenido en los convenios sobre derechos humanos o en los convenios de asistencia jurídica mutua.

En el propio contexto de la UE disponemos de un reconocimiento múltiple de garantías del *ne bis in idem* con carácter transnacional: un principio general del Derecho de la UE en el marco del derecho de la competencia; el artículo 54 CAAS en el espacio de libertad, seguridad y justicia, las disposiciones de los instrumentos de cooperación judicial y RM y el artículo 50 CDF. El Tribunal de Justicia ha convertido el artículo 54 CAAS en un verdadero principio transnacional de derechos humanos. Sin embargo, este precepto no se aplica a todos los ámbitos de la política y el Derecho UE, sino que se limita al espacio de libertad, seguridad y justicia, y ni siquiera está claro si en este ámbito aún siguen teniendo valor jurídico las excepciones y reservas de los antiguos Estados Schengen.

Sería lógico que el principio *ne bis in idem* del Derecho primario de la Unión Europea, el artículo 50 CDF, se convierta en el principio general transnacional *ne bis in idem* para todas las políticas de la UE, tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros cuando estos actúan en el ámbito o campo de aplicación de la legislación de la UE. Sin embargo, no está claro si el Tribunal de Justicia está dispuesto a seguir esta interpretación y a utilizar la Carta como una norma autónoma de derechos humanos aplicable en los Estados miembros cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión. Tampoco queda claro si el Tribunal de Justicia está dispuesto a elaborar un principio *ne bis in idem* unificado, integral y transversal para todas las políticas y la legislación UE. El Tribunal de Justicia debería seguir el razonamiento de la Abogado General Sharpston en el asunto *Zambrano*<sup>89</sup>, en el que aboga por la aplicación de la Carta en todos los ámbitos de competencia (exclusiva o compartida) atribuidos a la Unión Europea. La aplicación de los derechos fundamentales de la UE no dependería ni de la posibilidad de aplicar de forma directa una disposición específica del Tratado ni de la adopción y aplicación de la legislación derivada UE<sup>90</sup>.

El distinto fundamento y alcance de este principio en el ámbito de la política de competencia y de la política de justicia penal ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia. Cabría preguntarse si esto es compatible con el artículo 50 CDF. ¿El principio *ne bis in idem* tiene una función distinta cuando se aplican las normas de la competencia en el mercado interior y cuando se lleva a cabo en el espacio de libertad, seguridad y justicia? Yo lo dudo. Por otra parte, en ambas situaciones el *ne bis in idem* y la elección de la jurisdicción (la asignación de los casos) están entrelazados. En ambos casos el legislador de la UE es competente para regular los conflictos de jurisdicción. Sin embargo, el TJCE ha demostrado

<sup>89</sup> Asunto C-34/09, *Zambrano*, sentencia de 8.03.2011.

<sup>90</sup> Véase MUIR/PIETER VAN DER MEI, «The 'EU citizenship dimension' of the area of freedom», en LUCHTMAN (ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, 2013 (en prensa).

ser consciente de la necesidad de coherencia, al menos en el ámbito de los asuntos de justicia e interior. Tradicionalmente, como hemos visto en el punto 2.3, el *ne bis in idem* ha sido un motivo (obligatorio u opcional) de denegación o no ejecución de las solicitudes de asistencia jurídica mutua o de las órdenes de reconocimiento mutuo. El artículo 54 CAAS no se ocupa como tal de la MLA o del RM, ya que el ámbito material de su aplicación no depende de las solicitudes u órdenes. Recientemente, en el asunto *Mantello*<sup>91</sup>, el TJCE ha optado claramente por un enfoque convergente, vinculado a objetivos compartidos en el espacio de libertad, seguridad y justicia:

«En vista del objetivo común de los artículos 54 del CAAS y 3, punto 2, de la Decisión marco, que es evitar que una persona se vea de nuevo perseguida o juzgada en vía penal por los mismos hechos, procede admitir que la interpretación de este concepto proporcionada en el ámbito del CAAS es igualmente válida en el contexto de la Decisión marco.<sup>92</sup>»

El resultado concreto es que la definición del *idem* sobre la base del *idem factum* constituye ahora el criterio no sólo para los casos CAAS sino también para la MLA y los casos de RM, e incluso se ha convertido en el criterio para aplicar el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH. Es claro, pues, que el artículo 50 CDF puede apoyarse aquí en un enfoque común en materia de libertad, seguridad y justicia. Se mantiene, sin embargo, el problema de que este criterio no se aplica todavía a las políticas de la Unión que quedan al margen del espacio de libertad, seguridad y justicia, como el mercado interior y la política de competencia.

No tenemos solamente un problema con el ámbito de aplicación en la UE, sino también con el fundamento del principio. Parece ser que en el espacio de libertad, seguridad y justicia, por encima de los derechos fundamentales de los ciudadanos y las personas jurídicas, siguen prevaleciendo los intereses soberanos del Estado. Un buen ejemplo es la batalla jurídica sobre la situación y el valor jurídico de las reservas al *ne bis in idem* CAAS y al artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH en relación con el artículo 50 CDF. Los Estados miembros tienen que aceptar que el enfoque intergubernamental orientado a los Estados, con exclusión de la persona como sujeto de derechos, ya no es compatible con los conceptos básicos del espacio de libertad, seguridad y justicia. El modelo de cooperación internacional entre los Estados en materia penal ha sido sustituido por una política compartida entre la UE y los Estados miembros en materia de justicia penal transnacional. El individuo se ha convertido en un sujeto con derechos y obligaciones en relación con la justicia penal transnacional en el espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>93</sup>. Los principios *ne bis in idem* de los artículos 54 CAAS y 50 CDFUE no dependen de la armonización del Derecho penal sustantivo o procesal o de esquemas aplicables a la MLA o a la cooperación RM. Es un derecho fundamental que ya no está conectado con las jurisdicciones respectivas de cada Estado miembro y, por lo tanto, en la Unión crea derechos subjetivos para los ciudadanos de la UE y las personas jurídicas. En los casos transnacionales siempre hay un

<sup>91</sup> Asunto C-261/09, *Gaetano Mantello*, sentencia de 6.11.2010. Véase un comentario sobre el caso en OUWERKERK, «Case C-261/09, Criminal proceedings against Gaetano Mantello», *CMLR* (48), *CMLR* (48), 2011, pp. 1687-1701.

<sup>92</sup> Punto 40.

<sup>93</sup> ESER et al (eds.), *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters. A comparative Study*, 2002.

vínculo claro con la libertad de circulación de las personas. Esa libertad puede restringirse por razones proporcionadas y concretamente motivadas en casos determinados. Sin embargo, es inaceptable en el Derecho de la UE que una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación material del artículo 50 CDF dé lugar a una limitación de la libertad de movimiento por razón del riesgo de doble procesamiento. En un espacio único de libertad, seguridad y justicia el derecho al *ne bis in idem* no puede depender de demandas de soberanía nacional basadas en las cláusulas de territorialidad. Las disposiciones restrictivas inspiradas en la soberanía nacional están socavando las bases de un espacio común.

El derecho fundamental al *ne bis in idem*, por supuesto, no es absoluto y puede ser sometido a límites. Sin embargo, estos límites deben estar claramente previstos y servir a un objetivo legítimo en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. No basta con que ese fin se persiga en un solo Estado miembro. Por esta razón, los Estados miembros de la UE tienen que ser obligados a retirar las reservas y a elaborar un esquema común europeo y / o el Tribunal de Justicia tiene que aclarar la situación jurídica desde la perspectiva común de la UE.

El marco jurídico de los Tratados (TUE y TFUE) ofrece buenas posibilidades de llegar a un principio *ne bis in idem* transnacional de rango constitucional que proteja a los ciudadanos y a las personas jurídicas en la UE y en los Estados miembros (tanto en la dimensión vertical como horizontal). Visto el creciente impacto de la regulación de la UE, tanto en las jurisdicciones de los Estados miembros como en el entorno transnacional de la UE, existe una necesidad real de tal aplicación transnacional.

Sin embargo, debemos ser conscientes de que el fundamento del principio *ne bis in idem* transnacional no es evitar y resolver los conflictos de jurisdicción<sup>94</sup>, ni asignar la persecución y enjuiciamiento en procedimientos sancionadores en la UE. Es necesario, en interés de la justicia, que exista en la UE un buen sistema para evitar y elegir la jurisdicción, y también en interés de los ciudadanos y las personas jurídicas, ya que puede evitar muchos problemas de doble persecución y castigo.

Por último, la UE está en marcha para establecer una auténtica protección transnacional *ne bis en idem* en el territorio común. Cuando se trata de problemas de *ne bis in idem* entre países de la UE y terceros países fuera de la UE tenemos que recurrir a las disposiciones de los tratados de asistencia legal mutua o a acuerdos específicos (como en el ámbito de la competencia). En otras palabras, la protección *ne bis in idem* está regionalizada en la UE, pero no globalizada y, por lo tanto, todavía no es un principio general de la justicia penal transnacional.

---

<sup>94</sup> LUCHTMAN, «Transnational Law Enforcement in the European Union and the *ne bis in idem* principle», *Review of European Administrative Law* (4), 2011, pp. 5-29 y LUCHTMAN (ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, 2013.

## 6. Bibliografía

Chiara AMALFITANO (2012), «Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», *Cassazione Penale*, núm. 11.

Peter BAAUW (1997), «Ne bis in idem», en Bert SWART/André KLIP (eds.), *International Criminal Law in the Netherlands*, MPI, Freiburg im Breisgau, pp. 75-84.

Christoph BURCHARD/Dominik BRODOWSKI (2010), «The Post-Lisbon principle of transnational ne bis in idem: on the relationship between article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement», *New Journal of European Criminal law* (1), Issue 3, pp. 310-327.

Albin ESER et al (eds.) (2002), *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters. A comparative Study*, Nomos, Baden-Baden.

Sabine GLESS (2006), *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Nomos, Baden-Baden.

Juliane KOKOTT/Christoph SOBOTTA (2010), «Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, pp. 265- 271.

Juliette LELIEUR-FISCHER (2005), *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris (no publicada).

Katalin LIGETI (2009), «Rules on the application of ne bis in idem in the EU», *Eucrim* (1-2), pp. 37-43.

Michiel LUCHTMAN (2011), «Choice of forum in an area of freedom, security and justice», *ULR* (7).

- EL MISMO (ed.) (2013), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven International Publishing, The Hague, (en prensa).

Elise MUIR/Anne PIETER VAN DER MEI (2013), «The 'EU citizenship dimension' of the area of freedom», en Michiel LUCHTMAN (ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven International Publishing, The Hague, (en prensa).

Jannemieke OUWERKERK (2011), «Case C-261/09, Criminal proceedings against Gaetano Mantello», *CMLR* (48), pp. 1687-1701.

John A.E. VERVAELE (1992), *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation*, Deventer, p. 345.

- EL MISMO (1999), «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos», *Actualidad Penal*, pp. 291-315.

- EL MISMO/ André KLIP (eds.) (2002), *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, Kluwer Law International.

Martin WASMEIER/ Nadine THWAITES (2006), «The development of *ne bis in idem* into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments», *European Law Review*, pp. 565-578.

Anne WEYEMBERGH (2004), «Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?», *Cahiers de droit européen*, pp. 337-375.

- EL MISMO (2013), «Le principe non *bis in idem* : une contribution essentielle de la CJUE», en Court of Justice of the European Union (Ed.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, The Hague, TMC Asser Press, pp. 539-561.

Wouter P.J. WILS (2003), «The principle of '*ne bis in idem*' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis», *World Competition*, núm. 2.