

SOBRE LA LEGITIMIDAD Y LA NECESIDAD DE LAS LIMITACIONES A LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN *BIS IN IDEM* EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO EUROPEO

A propósito de la STJ 27.05.2014 (Gran Sala), as. Zoran Spasic (C. 129/14PPU)

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal
UAM

Revista Española de Derecho Europeo 54
Abril – Junio 2015
Págs. 123 – 153

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES PENALES COMPETENTES EN EL ORIGEN: UN AUTOR SERBIO; UNA ESTAFA EN ITALIA; UNA VÍCTIMA ALEMANA. *A. El relato. B. El problema: la inexistencia de un modelo obligatorio de resolución de los conflictos de competencia en la Unión Europea. C. La función del derecho al ne bis in idem en el contexto europeo.* III. LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN *BIS IN IDEM* EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO: *BIS IN IDEM* INTERNO, *BIS IN IDEM* INTERNACIONAL. *A. El alcance interno del derecho. B. El reconocimiento de la eficacia transnacional de la prohibición y sus límites.* 1. Instrumentos convencionales e internos de cooperación judicial penal internacional. 2. Normas internas sobre asignación de competencia en materia penal. 3. Derecho penal internacional. IV. LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: RASGOS ESENCIALES. V. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL CASO. *A. La limitación del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem es conforme con el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y proporcionada. B. El pago de la multa, cuando se ha impuesto además una pena de prisión, no es suficiente a los efectos de considerar que se estaba cumpliendo la pena. C. Algunas dudas sobre el caso y su solución.*

RESUMEN: El trabajo analiza la STJ as. Zoran Spasic, partiendo del contexto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa al principio *ne bis in idem* y del limitado

ABSTRACT: This paper examines the ECJ Decision in the Zoran Spasic case within the context of the ECJ's case-law on the *ne bis in idem* principle and its limited transnational efficacy.

reconocimiento de la eficacia transfronteriza del mismo. En el texto se afirma que los dos pronunciamientos del TJ no merecen en principio críticas: ni el relativo a la compatibilidad de las limitaciones contenidas en el artículo 54 CAAS con el derecho a no ser perseguido o juzgado dos veces por los mismos hechos reconocidos en el artículo 50 CDFUE; ni el que atañe a que cuando se imponen dos penas principales, una de prisión y otra de multa, el pago de la multa no es suficiente a los efectos de considerar que se está ejecutando la pena impuesta. Sin embargo, paralelamente, se pone de relieve que las razones materiales que avalan la proporcionalidad en abstracto de las limitaciones del derecho a no padecer *bis in idem* en un contexto transnacional no se apreciaban en el caso concreto.

PALABRAS CLAVE: *Ne bis in idem*; *ne bis in idem* transnacional; cooperación judicial penal; reconocimiento mutuo; derechos fundamentales; conflictos de jurisdicción; proporcionalidad.

The author states that the two ECJ conclusions are above criticism: also that in article 54 CISA enshrined limitations of the *ne bis in idem* principle are compatible with article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; and that the mere payment of a fine by a person also sentenced to a custodial sentence is not sufficient to consider that the penalty has been enforced' or is actually in the process of being enforced' within the meaning of article 54 CISA. Nevertheless, she emphasizes that the material reasons for the proportionality of the *ne bis in idem* limitations in a transnational context don't concur in the Zoran Spasic case.

KEYWORDS: *Ne bis in idem*; transnational *ne bis in idem*; double jeopardy; judicial cooperation in criminal matters; mutual recognition of judicial decisions; fundamental rights; conflicts of jurisdiction; proportionality.

Fecha de recepción original: 13 de marzo de 2015

Fecha de aceptación: 14 de abril de 2015

I. INTRODUCCIÓN

1. El derecho a no ser perseguido o sancionado penalmente en más de una ocasión por los mismos hechos, o, visto en negativo, la prohibición de incurrir en *bis in idem*, ha gozado de un notable protagonismo en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde antiguo, al reconocerse como principio general del Derecho de la Unión ya en 1966 en su Sentencia de 5 de mayo, asunto Gutmann v. Commission CEEA¹. Desde entonces sus pronunciamientos se han venido produciendo principalmente en el marco de dos sectores jurídicos. En primer lugar, en el seno de un ámbito en el que la propia Unión Europea tiene competencias sancionadoras, esto es, respecto de las infracciones de las reglas de la libre competencia²; y, en segundo lugar, en el marco de la cooperación judicial penal a través de la interpre-

1. Casos acumulados 18/65 y 35/65. Se trata de una sanción disciplinaria en materia de función pública.
2. Sobre el desarrollo de la prohibición del *bis in idem* en el Tribunal de Justicia, cfr. Conclusiones Abogado General D. RUIZ-JARABO, as. Gözütok y Brüdge (C-187/01 y C-385/01), presentadas el 19.09.2002 apartado 55 y ss. En relación con el *bis in idem* en el contexto de la libre competencia, cfr. entre otras STJ 13.02.1969, as. Walt Wilhelm y otros/Bundeskartellamt (14/68); STJ 7.01.2004 as. Aalborg Portland y otros/Comisión, (C-204/00 P,

tación de los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) que la Unión Europea incorporó a su legislación como acervo de Schengen³. Este destacado protagonismo del derecho al *ne bis in idem* en sede jurisprudencial facilitó su reconocimiento como derecho fundamental en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales, de tal manera que ésta no ha venido sino a sacralizar positivamente la situación jurídica previa.

El reconocimiento legal y jurisprudencial de este derecho en la Unión Europea no significa, no obstante, ni que la delimitación de su contenido y alcance en el marco comunitario-europeo realizada por la jurisprudencia del hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea incontrovertida, ni tampoco que la constitucionalización de este derecho en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no suscite nuevas cuestiones que no vayan a seguir requiriendo nuevos pronunciamientos de su Tribunal de Justicia.

En realidad, este derecho goza de tan amplio reconocimiento en las legislaciones nacionales y convenios internacionales de protección de los derechos humanos como diferencias existen en cuanto a la forma de definir sus presupuestos y sus consecuencias⁴, de modo que es inevitable que tales diferencias acaben repercutiendo en su aplicación práctica en la Unión Europea provocando pronunciamientos de su Tribunal de Justicia. Estas diferencias se manifiestan en los estándares nacionales y/o internacionales de protección del derecho respecto de la concepción de la identidad requerida (*idem*) o de la reiteración prohibida (*bis*), pero llegan incluso a plasmarse, con una cierta esquizofrenia, en la forma en que un mismo tribunal lo interpreta⁵, dependiendo del sector jurídico en el que tiene que aplicarlo. Lamentablemente éste es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, por ejemplo, utiliza un concepto estricto de identidad cuando aplica la prohibición de doble sanción respecto de sanciones impuestas por aplicación del Derecho de la Competencia –prácticas contrarias a la libre competencia–, exigiendo la identidad de hechos y de fundamento, mientras que utiliza un concepto laxo de identidad, que no exige la identidad de fundamento o bien jurídico protegido, cuando lo aplica en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, como contrapeso y parte integrante del principio de

C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P); STJ 14.02.2012 as. Toshiba Corporation y otros (C-17/10).

3. Cfr. entre las más relevantes, las SSTJ 11.02.2003 as. Gözütok y Brügge (C-187/01 y C-385/01); 10.03.2005 as. Miraglia (C-469/03); 9.03.2006 as. Van Esbroeck (C-436/04); 28.09.2006 as. Van Straaten (C-150/05) y Gasparini y otros (C-467/04); 18.07.2007 as. Kretzinger (C-288-05) y Kraaijenbrik (C-367-05); 11.012.2008 as. Bourquain (C-297/07); 16.11.2010 as. Mantello (C-261-09); 26.02.2013, as. Aklagaren y Akerberg Fransson (Gran Sala, C-617/10).
4. Por todos CASSESE, A., ACQUAVIVA, G., FAN, M., WHITING, A., *International Criminal Law, Cases & Commentary*, Oxford University Press, 2011, reimp, 2013, pp. 100 y ss.
5. Este ha sido también el caso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta su Sentencia de 2009, asunto Zolotoukhine, que unificó la concepción de la identidad requerida.

reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales o de la propia Orden Europea de Detención y Entrega⁶.

A nadie se le escapa que la existencia de tales discordancias internas en torno al contenido y alcance del *ne bis in idem* es una cuestión que el Tribunal Justicia de la Unión Europea debe abordar, bien para mantener razonadamente las divergencias, bien para argumentar la necesidad de unificación. La Abogada General Kokott sostuvo que «semejantes divergencias de interpretación y aplicación del principio *non bis in idem* dependiendo del campo jurídico afectado menoscaban la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión», y que de su propia naturaleza de principio general del Derecho de la Unión y de su consagración como derecho fundamental en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión deriva «que su contenido no puede ser sustancialmente diferente en función del campo jurídico afectado»⁷. Hasta el momento la forma de determinar la identidad es la misma en todo el *Ius puniendi* –infracción administrativa o penal–, y solo se ha defendido una distinta manera de entender la identidad en el ámbito procesal y en el sustantivo sancionador⁸, de modo que, en principio, no se ve razón para sostener lo contrario a nivel europeo.

2. Siendo ésta una cuestión fundamental, a cuya resolución debería dedicar el Tribunal de Justicia de la Unión sus esfuerzos, sin embargo, no es la única que suscita la ya copiosa jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia. De todas ellas, en la STJ de 27 de mayo de 2014, as. Zoran Spasic (C-129/14), el Tribunal aborda una que no había sido objeto de pronunciamiento previo y que tiene una especial relevancia tanto desde la perspectiva de la teoría general de los derechos fundamentales en el marco europeo, como desde la óptica de la práctica del Derecho penal en un espacio de libertad, seguridad y justicia que se fundamenta en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y en la mínima –por sectores nula– armonización de las legislaciones penales nacionales. En esta sentencia el Tribunal se planteó si las limitaciones a la prohibición de doble persecución y sanción contenidas en el artículo 54 CAAS son compatibles con el mismo derecho fundamental recogido en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya literalidad no contiene expresamente ninguna limitación semejante. De conformidad con este artículo 54 CAAS, la prohibición de ulterior persecución o sanción penal decae en los casos en que, aunque se haya condenado a un sujeto previamente por los mismos hechos en un Estado, sin embargo, la condena no se ha ejecutado o todavía se pueda ejecutar conforme a la legislación de dicho Estado. Es decir, un condenado en el Estado A solo tiene derecho a no ser

6. Cfr. el examen de la cuestión en las Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. Akerberg Fransson (C-617-10), presentadas el 12.06.2012 apartados 88 y ss.

7. Conclusiones Abogada General J. KOKOTT as. Toshiba y otros (C-17/10), presentadas el 8.09.2011, apartado 117. En el mismo sentido VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010, p. 209.

8. Cfr. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 67 y ss.

perseguido o no ser sancionado en el Estado B si en el Estado A se ha ejecutado ya la pena, se está ejecutando o no puede ser ejecutada ya en él⁹.

A la valoración de esta sentencia dedicaré las próximas páginas pues, más allá del interés del pronunciamiento concreto sobre la compatibilidad de los límites establecidos en el artículo 54 CAAS con el artículo 50 de la Carta de Niza, la sentencia del Tribunal de Justicia tiene relevancia al pronunciarse sobre una cuestión general de calado como es la relativa a la legitimidad de la restricción de un derecho fundamental conforme al test de constitucionalidad del artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que es un test de proporcionalidad en sentido amplio –previsión legal, necesidad, adecuación, y proporcionalidad estricta–.

II. LA CONCURRENCIA DE JURISDICCIONES PENALES COMPETENTES EN EL ORIGEN: UN AUTOR SERBIO; UNA ESTAFA EN ITALIA; UNA VÍCTIMA ALEMANA

A. EL RELATO

El Sr. Spasic, de nacionalidad serbia, cometió una estafa en banda organizada en Milán, Italia, el 20 de marzo de 2009, contra una víctima de nacionalidad alemana. Pero previamente había cometido hechos similares en Austria y Alemania, razón por la cual las autoridades austriacas emitieron orden de detención europea contra él el 27 de agosto de 2009. En virtud de dicha orden de detención, el Sr. Spasic fue detenido en Hungría y entregado a Austria, donde fue juzgado y condenado en 2010 a una pena de 7 años y seis meses de prisión por aquellos hechos previos.

El 25 de febrero de 2010 un tribunal alemán emitió también una Orden Europea de Detención y Entrega por los hechos sucedidos en Milán el 20 de marzo de 2009, que fue ampliada a otros hechos en noviembre de 2013, manteniéndose en ésta la orden de detención también por los primeros hechos. En virtud de esta orden, Austria entregó al Sr. Spasic a Alemania y éste ingresó en prisión en este país el 6 de diciembre de 2013.

Mientras tanto, un tribunal de Milán condenó al Sr. Spasic sin su presencia a una pena de 1 año de prisión y multa de 800 euros en sentencia de 18 de junio 2012 por la estafa cometida en tal ciudad en 2009; es decir, por los mismos hechos por los que Alemania había solicitado su entrega a Austria. La condena pudo producirse porque, estando detenido en Austria, el Sr. Spasic llegó a un acuerdo, mediante su abogado, con la fiscalía italiana, lo que le permitió, tras el reconocimiento de la comisión del delito, la aplicación de una rebaja de la pena.

Al llegar a Alemania e iniciarse el procedimiento contra el Sr. Spasic, éste alegó que ya había sido juzgado y condenado por los mismos hechos en Italia. Además, en enero de 2014 el Sr. Spasic pagó los 800 euros de la multa impuesta mediante transferencia bancaria.

9. El art. 54 CAAS establece la prohibición de persecución y sanción penal «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».

Tras diversos avatares, finalmente el Oberlandesgericht de Nürnberg presentó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia preguntando, en primer término, si la condición de aplicación del derecho a no ser perseguido o sancionado por los mismos hechos contemplada en el artículo 54 CAAS –que se haya ejecutado, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse la pena impuesta– es compatible con el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dado que éste no contiene ninguna restricción; y, en segundo término, si, contestada afirmativamente la primera cuestión, se podía considerar que el pago de la multa implicaba que se estaba cumpliendo la pena, pues en tal caso el derecho mantendría su efectividad y no podría ser condenado en Alemania por los mismos hechos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea contestó sí a la primera cuestión, admitiendo la compatibilidad de tales condiciones con el artículo 50 de la Carta, y no a la segunda, negando que se pudiera considerar que se estaba cumpliendo la pena en Italia, de tal modo que el TJ dejó expedita la vía para que los tribunales alemanes pudieran juzgar y sancionar de nuevo al Sr. Spasic por la estafa cometida en Milán en 2009.

B. EL PROBLEMA: LA INEXISTENCIA DE UN MODELO OBLIGATORIO DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Así expuesto, el caso es un supuesto de hecho «de manual» de concurrencia de jurisdicciones penales competentes, que evidencia la defectuosa regulación europea sobre la materia. Como es sabido, la competencia penal de un Estado puede fundarse en criterios de territorialidad (Estado de comisión del delito, Italia), de personalidad activa (nacionalidad del autor, Serbia), o pasiva (nacionalidad de la víctima, Alemania), de universalidad (crímenes contra la humanidad y otros), o de protección singular (delitos que atacan intereses específicos del Estado). De tal manera que las legislaciones de los Estados suelen contener reglas auto-atributivas de competencia bastante amplias, pues la finalidad principal que ha guiado estas reglas ha sido, hasta épocas muy recientes, evitar la impunidad de los hechos. Pues bien, con ser muy loable la finalidad de evitar paraísos penales y la impunidad, no puede dejar de señalarse que la pluralidad de jurisdicciones penales competentes genera un estado de permanente riesgo de *bis in idem procesal y material*, que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales del ciudadano –entre otros el derecho de defensa–, y, específicamente, desde la perspectiva del derecho a la libre circulación de personas, no es la mejor situación de las posibles; situación de riesgo de los derechos fundamentales que evidencia lo que tantas veces ha sido denunciado: que en la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, la libertad y la justicia son las convidadas de piedra de la seguridad.

En el seno europeo no se desconocen estos problemas¹⁰, por eso se elaboró el Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y la aplicación del principio *ne bis in idem* en los procedimientos penales (COM –2005–, 696 final y Comisión Staf working SEC

10. Sobre la evolución cfr. MAPELLI, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, pp. 76 y ss., 448 y ss., 493 y ss.

–2005–, 1767) y la posterior DM 2009/948/JAI, sobre la prevención de los conflictos de jurisdicción. Sin embargo, como es sabido, ante la falta de acuerdo entre los Estados, debido, entre otras razones, a las diferentes concepciones y legislaciones sobre la materia, la Decisión Marco solo incorporó un mecanismo de consultas entre Estados y un sistema de dictamen no vinculante de Eurojust para determinar el Estado que tiene prioridad en la competencia. A tal efecto, Eurojust elaboró en 2003 unas directrices que recogen los siguientes criterios: en primer lugar, se considera que tiene competencia preferente el Estado del lugar en el que se han realizado la mayor parte de los hechos, o se han producido la mayoría de los perjuicios, o en el que se encuentran los sospechosos o las pruebas; en segundo lugar, el Estado de nacionalidad y residencia del imputado; en tercer lugar, se tendrán en cuenta los intereses de víctimas y testigos y se procurará ocasionar el menor retraso posible al enjuiciamiento de los hechos.

A nadie se le escapa que por no tratarse de un mecanismo obligatorio para los Estados Miembros, nada impide que ante la concurrencia de jurisdicciones, sean varias las que la reclamen; e, incluso, que la ejerzan sin haber procedido a efectuar consultas o a solicitar dictamen de Eurojust, como en el caso comentado. Tampoco puede dejar de señalarse que, en el caso comentado, la competencia preferente parecía, a primera vista, tenerla Italia puesto que los hechos se habían cometido en Italia y puesto que Alemania podía, en principio, fundar su competencia en un criterio, el de personalidad pasiva, más débil que el de territorialidad o personalidad activa; criterio que, además, no suele utilizarse con carácter general en la actualidad en muchas legislaciones, salvo como complemento de otros y que tiene ciertos resabios soberanistas que encajan mal en el modelo de cooperación penal de la Unión Europea regido por el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; es decir, en un modelo en el que se parte de que se reconoce que los Estados de la Unión pueden ofrecer una protección penal equivalente a las víctimas de los delitos sea cual sea su nacionalidad y residencia¹¹.

C. LA FUNCIÓN DEL DERECHO AL *NE BIS IN IDEM* EN EL CONTEXTO EUROPEO

Pero sea cual sea la conclusión a la que se llegue sobre la prioridad de la competencia en el caso examinado, es patente que con reglas claras y obligatorias sobre la determinación de la competencia se evitarían la mayoría de los riesgos de *bis in idem*,

11. No obstante un análisis más detallado del caso pudiera conducir por los menos a considerar justificada la reclamación de la competencia por parte de Alemania. Y es que parece que se trata de una organización criminal dedicada a la estafa, que había cometido un cierto número de estafas en distintos países. Desde esta perspectiva, de cara al enjuiciamiento global del hecho, a la calificación de la continuidad delictiva y a la aplicación de las agravaciones por realizar el hecho en banda organizada, puede resultar más razonable que sean juzgados todos los hechos, o un grupo significativo de ellos, en aquel Estado en el que más ha delinquido la banda. Desde esta perspectiva, probablemente la competencia preferente de Italia para el concreto hecho de Milán en 2009 podía sacrificarse frente a la competencia de Alemania si la banda había cometido allí un conjunto de delitos o alguno más grave, de modo tal que la estafa de Milán podría ser integrada como uno más de los hechos individuales de estafa que permitirían la calificación del delito continuado que podría ser juzgado en Alemania.

previniendo su vulneración de forma eficaz¹². No existiendo tales reglas, a la prohibición de incurrir en *bis in idem* le ha correspondido el dudoso honor de convertirse en uno de los protagonistas destacados del modelo de cooperación judicial penal de la Unión Europea que descansa en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y, por tanto, congruentemente con dicho principio, en la necesidad de reconocer como una extensión del mismo a la propia prohibición de incurrir en *bis in idem*¹³. Dicho de otro modo, admitir la eficacia transnacional del *ne bis in idem* implica partir del reconocimiento de eficacia a las resoluciones judiciales de otro Estado, de modo que el *ne bis in idem* internacional es, probablemente, el primer instrumento jurídico anclado en el principio de reconocimiento mutuo. Esta es la razón que explica la cantidad de pronunciamientos del Tribunal de Justicia en este siglo sobre el *ne bis in idem*, pues este derecho se ha convertido en elemento de garantía y cierre del propio sistema: si los Estados reconocen con amplitud las resoluciones judiciales de otros países en el seno de la Unión Europea, también deben reconocerlas a los efectos de considerar que la primera resolución condenatoria dictada en otro país clausura las opciones sancionadoras del resto de las jurisdicciones penales o sancionadoras europeas competentes. Como el Abogado general Ruiz-Jarabo señaló, de la confianza mutua entre los Estados miembros deriva el reconocimiento de las resoluciones dictadas en otro país «aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente»¹⁴. Ahora bien, no puede pasarse por alto, que por muy loable que sea el objetivo, en ausencia de reglas de asignación de competencia, la aplicación de la prohibición de *bis in idem* de la forma en la que se está haciendo tiene como efecto práctico la priorización de la primera jurisdicción que actúe, con independencia de cuál sea el criterio conforme al cual haya ejercido su competencia y de que sea la solución más eficiente o justa¹⁵.

La prohibición de incurrir en *bis in idem*, no obstante, no solo cumple una función vinculada al propio modelo de cooperación judicial penal, sino que, ciertamente, sirve también para garantizar otro de los objetivos fundamentales de la Unión Europea: la libre circulación de personas y mercancías. Desde la perspectiva de los ciuda-

12. Como señaló la Abogada General J. KOKOTT as. Toshiba Corporation y otros (C-17/10). «este principio *non bis in idem* no sólo despliega efectos sustantivos sino también procedimentales. Además de salvaguardar la posición de la persona inculpada, el principio *non bis in idem* tiene como finalidad evitar los conflictos de competencia (conflictos positivos de competencia) que puedan suscitarse entre las distintas autoridades que podrían conocer de un asunto penal o de una infracción administrativa», pár. 106. Cfr. MAPELLI, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, pp. 448 y ss.
13. Se ha sostenido que, en realidad, el Tribunal de Justicia se ha valido de los arts. 54-58 del CAAS para consolidar y profundizar en el principio de reconocimiento mutuo como base del modelo penal europeo. Cfr. SARMIENTO, D., «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en ARROYO/NIETO (Coord.) *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 37 y ss., 41.
14. Cfr. Conclusiones del Abogado general D. RUIZ-JARABO as. Gözütok y Brüdge (C-187/01 y C-385/01), presentadas el 19.09.2002, apartado 123-125.
15. En el mismo sentido MAPELLI, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, p. 461.

danos, la prohibición asegura la libertad de circulación por los distintos Estados de la Unión una vez que una persona ha sido juzgada o sancionada en un primer Estado, de modo que puede generar una expectativa legítima de que su presencia en otro Estado no va a ser utilizada para un segundo enjuiciamiento sobre los mismos hechos¹⁶. Por ello en el marco de la estructura de Pilares y en el marco del Tercer Pilar, la regulación de la prohibición contenida en los artículos 54 y ss. CAAS ha sido pieza fundamental de la plasmación de la libertad y la justicia¹⁷ y contrapeso de los requerimientos anudados a la seguridad.

III. LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN *BIS IN IDEM* EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO: *BIS IN IDEM* INTERNO, *BIS IN IDEM* INTERNACIONAL

A. EL ALCANCE INTERNO DEL DERECHO

Como es sabido, tanto el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos reconocen este derecho. De acuerdo con el primero, «[n]adie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». Y, de conformidad con el segundo, «[n]adie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado...»¹⁸.

Pero este reconocimiento internacional, esto es, reivindicable ante organismos internacionales de protección de los instrumentos convencionales, no debe confundirse con el hecho de que la *reiteración prohibida tiene alcance nacional*. En efecto, sólo cuando los poderes sancionadores de *un mismo Estado* sancionan en más de una ocasión los mismos hechos se considera lesionado el derecho. Así deriva de la literalidad del artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹ y de la interpreta-

16. STJ 11.02.2003, as. Gözütok y Brügge (C-187/01 y C-385/01), apartados. 33, 38, 40.

17. VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010, p. 68.

18. A este párrafo se añaden dos más: «2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas o cuando un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada. / 3. No se autorizará excepción alguna al presente artículo a título del artículo 15 del Convenio».

19. Cfr. por todos, TRECHSEL, «Das verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK», en NOWAK/STEURER/TRETTNER (Hrsg), *Festschrift für Ermacora*, 195 y ss., 207; CAPOTORTI/y otros, *Du droit international au droit de l'integration*, Liber amicorum Pierre Pescatore, 601 y ss., 608; SHARPSTON/FERNÁNDEZ-MARÍN, «Some Reflections on Schengen Free Movement Rights and the Principle of *Ne bis In Idem*», *10 Cambridge Y. B. Eur. Stud.* 413, 2007-2008, p. 417. Sobre las Decisiones de inadmisión del TEDH, por todas Decisión de 20 de mayo de 1994 (77-B), pp. 144 y ss.

ción habitual del artículo 14.7 PIDCP²⁰. Esta restricción del alcance de la prohibición, aunque ha sido muy criticada por la doctrina²¹, y ha tenido como efecto añadido, que

- Esta es la interpretación que predomina también del art. 103.3 de la Constitución alemana, pues se sostiene que sólo es aplicable internamente. Cfr. por todos SPECHT, B., *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des art. 103 Abs. 3 Grundgesetz*, Berlin, Springer, 1999, pp. 24 y ss. El Tribunal Constitucional alemán ha realizado tradicionalmente esta interpretación restrictiva con base en dos argumentos: de un lado, el argumento histórico, conforme al cual el *ne bis in idem* habría recogido el marco preconstitucional de modo que en el Código Penal Bávaro no se recogía; de otro, se sostiene que el problema es el efecto de cierre que tendría el principio respecto de resoluciones extranjeras que han sido adoptadas en procesos en los que no rigen las reglas del Estado de Derecho. Así, la BverfGE 12, 62, (66).
20. De conformidad con la interpretación que ha realizado el Comité de Derechos Humanos de la ONU, este derecho está limitado territorialmente, de manera que sólo recoge los casos de doble procedimiento o doble sanción *interna*, y, en consecuencia, no es aplicable entre Estados. Quedan fuera, por tanto, los casos en que dos Estados diferentes procesan o condenan al mismo sujeto por los mismos hechos; cfr. SPECHT, B., *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des art. 103 Abs. 3 Grundgesetz*, Berlin, Springer, 1999, pp. 44 y ss. En el caso A. P. v. Italia (nº 204/1986), Decisión de 2 de noviembre de 1987, el Comité de Derechos Humanos de la ONU declaró inadmisibles la Comunicación presentada por el Sr. A. P. de haber sido perseguido y condenado en Suiza e Italia por los mismos hechos, con el argumento, aducido por la representación del Gobierno italiano de que el «artículo 14, parágrafo 7 del Pacto, ...no garantiza el *non bis in idem* en relación con la jurisdicción nacional de dos o más Estados. El Comité observa que esta previsión prohíbe el *double jeopardy* sólo en relación con la infracción juzgada en un Estado determinado» (párrafo 7.3 de la Decisión). No obstante, las Observaciones Generales de 2007 a este artículo sostienen que si bien «no garantiza el principio *ne bis in idem* respecto de las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados... [e]ste 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». Como fundamento de la ausencia de alcance internacional del derecho se ha aducido la ausencia de consenso entre los Estados derivada de la diferente forma de concebirlo en los Estados con sistemas de *civil law* y en los Estados con sistemas jurídicos de *common law* (Cfr. CASSESE, A., ACQUAVIVA, G., FAN, M., WHITING, A., *International Criminal Law, Cases & Commentary*, Oxford University Press, 2011, reimp. 2013, p. 100). Las diferencias fundamentales entre ambos sistemas es que mientras en el modelo del *civil law* se prioriza la prohibición de doble sanción y se vincula con la cosa juzgada, de modo que se exige la emisión de una decisión final firme sobre el fondo, y se permite el recurso frente a sentencias absolutorias, en el modelo de *common law*, se prioriza la prohibición de doble proceso basada en la idea de evitar el abuso del proceso y no es posible el recurso frente a sentencias absolutorias; la prohibición de *double jeopardy* fundamenta todo el proceso. Sin embargo, más allá de dicha cuestión, hay una razón práctica: ningún Estado puede limitar la soberanía ajena; de modo que, en ausencia de tratado, parece posible dotar de eficacia internacional a la prohibición de incurrir en *bis in idem*. Sobre la historia del principio, las diferencias de concepción y regulación cfr. VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010, especialmente pp. 30 y ss.
21. La interpretación del art. 14.7 del PIDCP ha sido criticada, pues, ciertamente, ni es la única posible desde su literalidad, ni parece ser la que más se ajusta a las intenciones de la Asamblea General, ni tampoco al fundamento del derecho a y su contenido garantista. De una parte, la remisión a la ley y el procedimiento de cada país sólo cumple la función de señalar las diferen-

los pronunciamientos de los organismos y tribunales internacionales no hayan podido contemplar las singularidades que la delimitación de este derecho podría requerir en su aplicación internacional, refleja también la comprensión de la mayoría de los Estados, pues no reconocen, salvo existencia de tratado, eficacia a resoluciones judiciales extranjeras²². Por eso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia tiene especial relevancia: porque es casi la única instancia internacional que contempla la dimensión transnacional de la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

B. EL RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA TRANSNACIONAL DE LA PROHIBICIÓN Y SUS LÍMITES

El alcance interno de este principio no resultaba especialmente traumático para los derechos del ciudadano hace años dado que solo la asunción de jurisdicción penal

-
- cias que las regulaciones nacionales pueden tener respecto del procedimiento conforme al cual devienen firmes las resoluciones absolutorias o condenatorias, dictadas en un proceso penal. De otra parte, de los trabajos preparatorios no se puede deducir una voluntad inequívoca ni respecto de la interpretación comprensiva de las relaciones interestatales, ni respecto de la restrictiva. A partir de esta indeterminación se han realizado interpretaciones tanto en el sentido de que el último inciso se refiere a la situación previa, como a la situación posterior a la entrada en vigor del Pacto (cfr. SPECHT, B., *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des art. 103 Abs. 3 Grundgesetz*», Berlin, Springer, 1999, p. 46). A pesar de esta doble opción, la mayoría de la doctrina considera que se trata de un derecho sólo aplicable respecto de las resoluciones dictadas por los tribunales de un mismo Estado (cfr. SPECHT, *Ibidem*). Para el marco europeo sirvan las palabras del Abogado General D. RUIZ-JARABO, as. Gözütok y Brügge (C-187/01 y C-385/01), apartado 55: «La afirmación que hizo el abogado general no puede ser extraída de su contexto, de un momento histórico en el que la eficacia espacial de la ley penal, expresión de la soberanía de los Estados, giraba en torno al principio de territorialidad. Las conclusiones del Sr. Mayras son expresión de esta idea. Sin embargo, una estricta aplicación de ese territorialismo es incompatible con numerosas situaciones en las que están presentes elementos de extraterritorialidad y en las que una misma conducta es susceptible de producir efectos jurídicos en distintas partes del territorio de la Unión. La construcción de una Europa sin fronteras, con su corolario de aproximación de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, comprendidos los penales, presupone que los Estados implicados se inspiran en los mismos valores. Y es aquí, en el ámbito de los valores, donde el principio que se examina alcanza todo su sentido»; «Sería intrínsecamente injusto y contrario a los principios sobre los que reposa la construcción de una Europa unida que, para tutelar un determinado bien jurídico, una persona pudiera ser sancionada en varios Estados miembros por la realización de los mismos hechos» (pár. 58); «La propia idea de justicia repudia que se niegue toda eficacia a las decisiones penales extranjeras, planteamiento que pondría a la vez en peligro la lucha contra la criminalidad y los derechos de la persona condenada» (pár. 59).
22. Se cita como excepción el art. 68 del Código penal holandés que sí reconoce eficacia a las sentencias extranjeras a los efectos de la prohibición de *bis in idem*, pero excluyendo las resoluciones dictadas en procedimientos administrativos. Sobre ello BAAUW, P., «*Ne bis in idem*», en SWART/KLIP (Eds.) *International Criminal Law in the Netherlands*, 1997, pp. 75 y ss. También se reconoce efectos en ciertas condiciones en la legislación belga. Cfr. KNIEBÜHLER, R. M., *Transnationale «ne bis in idem». Zum Verbot der Mehrverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension*, Ducker & Humbolt, Berlin, 2005, pp. 136 y ss.

con base en criterios de extraterritorialidad, el reconocimiento de potestad sancionadora a organismos internacionales como la UE o la existencia de Tribunales penales internacionales, han aumentado el riesgo de duplicidad de enjuiciamientos o sanciones fuera del ámbito nacional de forma significativa. Sin embargo, algún riesgo existía, por ello alguna eficacia transnacional se reconoció a este principio en distintas sedes.

La ausencia de reconocimiento de alcance internacional a la prohibición de incurrir en *bis in idem* en los primeros textos de protección de derechos humanos, que responde a la inexistencia de una norma general que imponga la obligación internacional de respetar el *ne bis in idem cuando las resoluciones proceden de otro Estado*, no significa que la prohibición no haya tenido ningún campo de aplicación internacional. La existencia del propio artículo 54 CAAS evidencia el reconocimiento de cierta eficacia. Este artículo se sitúa en un contexto, la cooperación judicial internacional, en el que el principio *ne bis in idem* goza de reconocimiento. Pero no es éste el único campo de aplicación transnacional del principio, pues se halla también presente en la normativa interna sobre competencia penal y en la legislación y práctica relativa al Derecho Penal Internacional.

Como vamos a ver, rasgos comunes de esta legislación son: el carácter limitado de la prohibición, pues no impide siempre un nuevo enjuiciamiento o sanción; la priorización de la prohibición de doble sanción sobre la prohibición de doble enjuiciamiento; y la fundamentación de las reglas en el principio de proporcionalidad. Estos rasgos se acomodan sin fricciones con la jurisprudencia constitucional española que tras la STC 2/2003, de 16 de enero, permite la sustanciación de un procedimiento penal tras un primer procedimiento administrativo sancionador siempre que en el segundo procedimiento se descuenta la sanción impuesta en el primero²³. En lo que sigue haré una exposición del contexto normativo en el que se ha otorgado al *ne bis in idem* eficacia transnacional con el objetivo de contextualizar la sentencia del Tribunal de Justicia comentada.

1. Instrumentos convencionales e internos de cooperación judicial penal internacional

1. El principal campo de aplicación transnacional de la prohibición es el de la cooperación judicial penal internacional²⁴. En efecto, el previo enjuiciamiento y sanción penal de los mismos hechos en otro Estado ha sido reconocido desde antiguo como causa de denegación de la cooperación judicial requerida.

Prototipo del modo en que se ha venido reconociendo eficacia transnacional a la prohibición de incurrir en *bis in idem* es la regulación sobre extradición. Así, de un lado, el Convenio europeo de extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 y ratificado por España el 21 de abril de 1982, cuyas disposiciones establecen, que «[l]a 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

23. Sobre los cambios operados en esta sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional respecto de la jurisprudencia previa, cfr. PÉREZ MANZANO, M., «Reflexiones sobre el derecho a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *La Ley* 2003, nº 5802.

24. Cfr. PISANI, M., «*Ne bis in idem* y cooperación judicial europea», en ARROYO/NIETO (Coord.), *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 173 y ss.

motivadores de la solicitud de extradición» (artículo 8); y que «[n]o 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» (artículo 9). A ello se añade el párrafo 9.2 incorporado por el Protocolo Adicional de 1975, que establece que «no se concederá la extradición de una persona sobre la que haya recaído sentencia firme en un tercer Estado ... 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, iii. sobre la parte no cumplida. / c. Cuando el Juez hubiere declarado la culpabilidad del autor sin imposición de sanción alguna»²⁵.

2. Aunque con matices, de las disposiciones relativas a la extradición deriva que la existencia de una condena previa en el país requerido es causa obligatoria de denegación de la extradición, mientras que solo es causa facultativa de denegación que el Estado requerido esté persiguiendo los mismos hechos, o haya decidido no perseguirlos o cerrar los procedimientos pendientes. Es decir se otorga una mayor virtualidad a la prohibición de doble sanción que a la prohibición de doble enjuiciamiento²⁶. A la misma conclusión

25. El texto quedó como párrafo primero, y se añadieron el transcrito en el texto y un tercer párrafo del siguiente tenor: «Sin embargo, en los casos previstos en el párrafo 2, podrá concederse la extradición: / a. 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. / b. Si la persona sobre la cual recayera la sentencia tuviera ella misma un carácter público en el Estado requirente. / c. 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. / d. 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». Aplica el art. 9.2 en un procedimiento de extradición iniciado por las autoridades ucranianas el Auto de la Sección Cuarta de las Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013, denegando la extradición por haberse dictado una resolución con carácter de cosa juzgada en Austria por los mismos hechos en 2011. Similar regulación a la del CEEEx contiene el art. 4.5 de la Ley de Extradición Pasiva que establece como causa obligatoria de denegación de la extradición: «Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a ésta cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada». Con alguna diferencia y precisión se reconoce también en el Convenio Europeo para la Transferencia de Procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972 y ratificado por España el 30 de mayo de 1984 (BOE de 10 de junio de 1984), art. 35 y ss. Similar regulación contienen los arts. 53-57 del Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, si bien tanto éste como el convenio sobre transferencia de procedimientos penales tienen un número muy bajo de firmantes.

26. Sobre las diferencias cfr. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 67 y ss.

se llega respecto de las disposiciones sobre la transferencia de procedimientos penales, que evidencian estar concebidas a partir de consideraciones de justicia y proporcionalidad más que de seguridad, previsibilidad y libertad²⁷, pues intentan evitar procedimientos fraudulentos y alcanzar una sanción justa de los hechos aunque para ello sea preciso sacrificar la prohibición de doble proceso. Por ello, partiendo de la hipótesis de la posibilidad de que realmente se produzcan un segundo enjuiciamiento y sanción de los hechos en otro Estado, como cláusula de cierre, el artículo 36 del Convenio Europeo para la Transferencia de procedimientos penales establece, en todo caso, la obligatoriedad de descontar los períodos de privación de libertad sufridos en el primer procedimiento.

Como es sabido²⁸ la prohibición de doble proceso o doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos implica la imposibilidad de juzgar en un segundo caso, con independencia del resultado –absolutorio o condenatorio– del primer procedimiento. Sin embargo, la prohibición de doble sanción requiere la imposición de una segunda sanción por los mismos hechos, lo que puede producirse mediante la sustanciación de dos procedimientos o en un mismo procedimiento, debido, en este segundo caso, a una incorrecta aplicación de las reglas del concurso de leyes y de delitos. Los textos internacionales de reconocimiento del derecho mezclan ambas perspectivas dando lugar a un derecho de contenido amplio en el que se reconoce que el segundo enjuiciamiento, tras un primer procedimiento cerrado con una resolución judicial firme aunque absolutoria, vulnera el derecho con independencia también del resultado, absolutorio o condenatorio, del mismo.

En el marco de la cooperación judicial penal la eficacia del principio *ne bis in idem*, de un lado, se amplía respecto de ese reconocimiento general, aunque se restringe, de otro²⁹. En primer término, el alcance es mayor puesto que no es necesario que haya un procedimiento finalizado con una resolución con efecto de cosa juzgada para que el principio tenga alguna operatividad, sino que la mera existencia de un procedimiento en curso en el Estado requerido a prestar la cooperación aparece como requisito suficiente para que el Estado la niegue si lo considera oportuno. No opera como una prohibición para el Estado, por lo que, realmente no se concibe como un derecho del ciudadano, sino que se trata de una opción del Estado de la que hará uso o no. Pero, por otro lado, el campo de aplicación de la prohibición se restringe para algún tipo de cooperación, puesto que la existencia de un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución judicial firme no impide siempre la posibilidad de un nuevo procedimiento y sanción en otro Estado. Si en la legislación sobre extradición en este caso la prohibición sigue siendo absoluta cuando el enjuiciamiento se ha producido en el Esta-

27. Sobre el distinto fundamento de las prohibiciones de doble sanción y doble enjuiciamiento, cfr. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 69 y ss.

28. Sobre las diferencias cfr. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 23 y ss., 55 y ss.; cfr. VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010, pp. 32 y ss., 50.

29. Sobre las diferencias entre la regulación del art. 54 CAAS y los arts. 14.7 PIDCP, 4 del Protocolo 7 CEDH y 50 CDFUE, cfr. VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010, pp. 24 y ss.

do requerido, no lo es cuando el enjuiciamiento se ha producido en un tercer Estado; y tampoco la prohibición de cooperación es absoluta en el Convenio sobre transferencia de procedimientos penales, pues en este caso se modula la prohibición dependiendo de que el Estado requerido pueda fundamentar su competencia en virtud de criterios preferentes –territorialidad, protección de intereses propios– o simplemente por razón de que no se haya cumplido totalmente la pena. En ambos casos es posible la cooperación del Estado requerido, aunque en el segundo caso, cuando ha sido juzgado y no ha cumplido totalmente la pena, la lógica de la prohibición de doble enjuiciamiento debiera conducir a negar la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento y admitir solo, en su caso, la ejecución de la parte de pena no ejecutada en el otro Estado.

2. *Normas internas sobre asignación de competencia en materia penal*

También las normas internas sobre competencia en materia penal toman en consideración las resoluciones extranjeras otorgando un efecto parcial a la prohibición de *bis in idem*, con las mismas características y fundamento acabados de señalar, esto es, otorgando prioridad a la prohibición de doble sanción sobre la prohibición de doble persecución penal y sacrificando esta segunda en aras de evitar la impunidad y alcanzar una sanción justa. Como vamos a ver, la regla se completa con otra relativa al descuento de la primera pena impuesta en la segunda, cuyo objetivo es, como ya he señalado, evitar la desproporción de la pena finalmente impuesta. La LOPJ contempla una restricción de la aplicación de la competencia española sustentada en el principio de personalidad activa (artículo 23.2), que también se preveía respecto del principio de justicia universal hasta su última reforma. Dicho artículo 23.2 LOPJ establece como condición de la competencia española que «el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Esta disposición ha sido diseñada desde la óptica de la prohibición de doble sanción, más que desde la prohibición de doble enjuiciamiento, puesto que admite la competencia española, y, por tanto, la posibilidad de que se juzgue en España de nuevo los hechos, aunque haya habido un primer procedimiento en otro Estado en el que se haya juzgado en atención a otro criterio competencial. Como el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar en la STC 380/2003, de 22 de diciembre (Ponente Bacigalupo), este tipo de cláusulas del artículo 23 LOPJ tienen su fundamento más en el principio de proporcionalidad que en el de legalidad, de modo que ello explica que no se prohíba una segunda persecución de los mismos hechos si la pena no ha sido cumplida en su integridad, e, incluso en este segundo caso, si se descuenta la pena impuesta en el primer procedimiento de la que se impone en el segundo procedimiento.

3. *Derecho penal internacional*

Disposiciones como las citadas generan no pocos problemas interpretativos. Algunos de estos problemas, así como las diferentes concepciones sobre el alcance que debe darse a esta prohibición en el marco internacional, se han plasmado en la regulación de la cosa juzgada y el *bis in idem* incorporados al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Estas disposiciones evidencian que los Estados estuvieron espe-

cialmente atentos a evitar la impunidad³⁰ que puede derivar de la sustanciación de un primer procedimiento penal fraudulento o simbólico³¹, y a no renunciar al ejercicio de su jurisdicción, de modo que el derecho del acusado a no ser sancionado en más de una ocasión fue sólo el tercer elemento ponderado en la regulación: en definitiva, la redacción de estas disposiciones evidencia el objetivo de reconocer la existencia de limitaciones al derecho al *ne bis in idem* y de precisar sus excepciones.

El artículo 20 del Estatuto de Roma prevé que:

«1. Salvo que el presente Estatuto disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia»³².

30. Sobre la función del principio de justicia universal para evitar la impunidad, cfr. por todos GARCÍA ARÁN, M., «El principio de justicia universal», en GARCÍA ARÁN, M., LÓPEZ GARRIDO, D. (Coords). *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 63 y ss. Sobre el origen de la regulación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cfr. SCHABAS, W., *Oxford Commentaries on International Law. The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, 2010, pp. 374 y ss.

31. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido la nueva persecución y enjuiciamiento penal en casos de un primer juicio fraudulento o simbólico. Así en el asunto Loayza-Tamayo v. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997; asunto Almonacid-Arellano v. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154; La Cantuta v. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 153.

32. El art. 17 del Estatuto prevé también como causa de inadmisibilidad que los hechos hayan sido juzgados, aunque también con límites. «1. La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el

Pero incluso antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, en los tribunales penales internacionales *ad hoc*, el principio tuvo reconocimiento con rasgos similares a los ya mencionados en otros contextos: como el objetivo es evitar la impunidad y procedimientos fraudulentos, no se prohíbe con carácter absoluto un nuevo enjuiciamiento y se intentan paliar los efectos de este nuevo enjuiciamiento en la esfera de los derechos del condenado, imponiendo el descuento de la primera sanción impuesta en la segunda. Así, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia³³, como también el artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda con una redacción casi idéntica³⁴.

párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya Estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio». Aunque ciertamente este artículo es plasmación del principio de subsidiariedad y complementariedad que rige las actuaciones de la Corte Penal Internacional, es patente que sirve también para evitar los conflictos de jurisdicciones. Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «La justicia universal y el principio *ne bis in idem*», en *El principio non bis in idem en el Derecho europeo e internacional*, Tirant lo Blanch, Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla La Mancha, p. 8, 9, también en www.cienciaspenales.net. Sobre la aplicación del *ne bis in idem* en los Tribunales Penales Internacionales cfr. también SCHABAS, W., *Oxford Commentaries on International Law. The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, 2010, pp. 376 y ss.

33. «1. Ninguna persona será sometida a juicio en un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del Derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional. / 2. Una persona que haya sido juzgada por un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del Derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si: a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) La vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria. / 3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un Tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida».
34. En el asunto *Prosecutor v. Tadic*, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Decisión de 14 de noviembre de 1995, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la

IV. LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: RASGOS ESENCIALES³⁵

1. En el contexto de la Unión Europea el *ne bis in idem* goza de reconocimiento, primero, como ya he señalado, a través de los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen de 1990, pero también en la legislación sobre cooperación judicial penal de la que es el prototipo la relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega (artículo 3 DM). Especialmente relevantes son los artículos 54 y 56 CAAS que recogen respectivamente las dos facetas de la prohibición de *bis in idem*, la prohibición de doble enjuiciamiento (art. 54) y la prohibición de doble sanción que se salvaguarda con la obligación de descuento de la sanción impuesta en los tribunales de otro Estado (art. 56)³⁶.

prohibición de incurrir en *bis in idem* reconocida en el art. 10 de su Estatuto. El Sr. Tadic había comenzado a ser juzgado en Alemania, donde residía, por crímenes contra la humanidad por las violencias ejercidas en la prisión de Omarska durante el conflicto Bosnio. En 1993 el Sr. Tadic fue extraditado al Tribunal Penal Internacional para ser juzgado y alegó que la vulneración del *bis in idem*, reconocido en el art. 10 del Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia. En el caso se discutió cuándo debe considerarse que un acusado ha sido juzgado, pues en el caso, se había iniciado el proceso pero no había finalizado. El tribunal razonó que no se había vulnerado, pues el proceso no había llegado a la fase de juicio, sino que solo se había quedado en la investigación. A tal efecto, el Tribunal analizó el reconocimiento del derecho en su propio estatuto, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo para la Transmisión de Procedimientos en materia penal y en el Borrador de Estatuto de la Corte Penal Internacional, concluyendo, con razón, que todas las normativas exigían que el sujeto hubiera sido *juzgado* por los mismos hechos. También se pronunció en el asunto *Prosecutor v. Karadzic* en la Decisión de 16 de noviembre de 2009.

35. Para la evolución del reconocimiento de efectos a la prohibición de incurrir en *bis in idem* en la legislación comunitaria, cfr. MAPELLI, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, pp. 455 y ss.

36. Artículo 55: 1. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los siguientes supuestos: / a) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese 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. / 2. Las Partes contratantes que hayan hecho una declaración relativa a la excepción mencionada en la letra b) del apartado 1 deberán precisar las categorías de infracciones a las que podrá aplicarse dicha excepción. / 3. Las Partes contratantes podrán retirar en cualquier momento la declaración relativa a una o varias de las excepciones mencionada en el apartado 1. / 4. Las excepciones que hayan sido objeto de una declaración con arreglo al apartado 1 no se aplicarán cuando, para los mismos hechos, la Parte contratante interesada haya solicitado la persecución a la otra Parte contratante o haya concedido la extradición de la persona de que se trate.

Artículo 57: 1. Cuando una persona esté acusada de una infracción por una Parte contratante cuyas autoridades competentes consideren que la acusación se refiere a los mismos hechos por

Artículo 54: 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.

Artículo 56: Si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte contratante, de la sanción que, en su caso, se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de esta última Parte contratante por tales hechos. También se tendrán en cuenta en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado³⁷.

Por su parte el artículo 3 de la DM JAI/584/2002 de 13 de junio, relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega³⁸ contempla como motivo de denegación obligatorio que «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». Y prevé como causa de denegación facultativa la existencia de sentencia firme en un tercer Estado³⁹ o que «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»⁴⁰.

los que ya fue juzgada en sentencia firme por otra Parte contratante, dichas autoridades solicitarán, si lo estiman necesario, las informaciones pertinentes a las autoridades competentes de la Parte contratante en cuyo territorio ya se hubiere dictado una resolución judicial. / 2. Las informaciones solicitadas se remitirán cuanto antes y serán tenidas en cuenta para el curso que deba darse al procedimiento entablado. / 3. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, cada Parte contratante designará a las autoridades que estarán autorizadas para solicitar y recibir las informaciones contempladas en el presente artículo. Artículo 58: 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.

37. El origen de estos artículos es el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades europeas relativo al *ne bis in idem* de 1987 que solo se aplica entre los firmantes, Dinamarca, Francia, Holanda y Portugal.
38. Texto consolidado 28.03.2009. La legislación española implementando toda la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales se ha unificado en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
39. Si bien en este caso se exige también «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».
40. Cláusulas facultativas similares aparecen en la legislación sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas (art. 13.1) –DM JAI/978/2008, del Consejo, de 18 de diciembre y

2. En cuanto al contenido asignado a este principio por el Tribunal de Justicia, ha de señalarse que ha realizado una interpretación extensiva de su contenido y alcance. De un lado, se ha decantado por una interpretación muy amplia del presupuesto de aplicación de la prohibición, la existencia de resoluciones judiciales firmes, al admitir los acuerdos extrajudiciales⁴¹ y resoluciones que aprecian la prescripción o se sobreseen por falta de pruebas⁴². De otro, ha optado por un concepto radicalmente naturalista de la identidad de hechos requerida⁴³. El Tribunal ha realizado siempre la interpretación más amplia de las posibles, lo que tiene como efecto una protección tan generosa del derecho en el marco europeo que no encaja con el alcance de la prohibición a nivel nacional-interno de algunos Estados⁴⁴ generando por ello fricciones con los tribunales internos. Por último, sin ánimo de exhaustividad, debe señalarse que el Tribunal de Justicia parece haber rechazado tácitamente la posibilidad de que a través del descuento de la primera sanción en la segunda pueda entenderse respetado el artículo 50 CDFUE⁴⁵.

en la orden europea de investigación (art. 11.d), Directiva/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014). Para una visión general del origen y desarrollo del principio *ne bis in idem* en la Unión Europea cfr. VERVAELE, J., «*Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *Indret* 1/2014.

41. STJ 11.02.2003 as. Gözütok y Brügger (C-187/01 y C-385/01). La absolución por falta de pruebas si tiene efecto de cosa juzgada en el Estado emisor se considera suficiente para activar la prohibición de *bis in idem*, (STJ 28.09.2006 as. Van Straaten, C-150/05.).
42. STJ 10.03.2005 as. Miraglia (C-469/03). Se considera que hay una decisión de fondo cuando se aprecia prescripción.
43. El TJ sostuvo que la identidad exigida era «identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido» (STJ 9.03.2006 as. Van Esbroeck, C-436/04.). En la STJ 28.09.2006 as. Gasparini y otros (C-467/04), se precisó que se trataba del conjunto de hechos unidos entre sí en espacio, tiempo y por su objeto. Pero solo para este ámbito de la cooperación judicial penal, pues en el marco del Derecho de la competencia se ha decantado por un concepto normativo, exigiendo no solo la identidad fáctica, sino también de interés jurídico protegido, que conduce a una interpretación más restrictiva del alcance de la interdicción de incurrir en *bis in idem*. El TJ se pronunció por primera vez reconociendo que el *ne bis in idem* era un principio del Derecho comunitario en el asunto Gutmann v. Comisión CEEA (casos acumulados 18/65 y 35/65, STJ 1966), aunque fue en el as. Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt (STJ 13.02.1969, C-14/68, 13 y ss.), donde hizo la primera caracterización del mismo. Sobre la forma de concebir la identidad cfr. STJ 7.01.2004 as. Aalborg Portland y otros v. Comisión, (C-204, 205, 211, 213, 217 y 219), conocido como asunto Cemento.
44. SARMIENTO, D., «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en ARROYO/NIETO (Coord.), *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 37 y ss., p. 55.
45. STJ 26.02.2012 as. Aklagaren y Akerberg Fransson (Gran Sala, C-617/10). En el caso el órgano judicial planteó esta cuestión como tercera pregunta y en sus conclusiones en el mismo el Abogado General P. CRUZ VILLALÓN (apartado 96) se manifestó favorable a entender que «el art. 50 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no impide a los

3. Sin perjuicio de otras cuestiones de las que me ocuparé en el siguiente epígrafe, se ha de advertir que la interpretación laxa realizada por el Tribunal de Justicia merece alguna reflexión de calado. En primer término, es patente que la interdicción del *bis in idem* se ha convertido en el mecanismo de determinación de la preferencia de la jurisdicción competente en materia penal en la Unión Europea. La interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia conduce a que se declare *ex post* que el primer Estado que actúa y emite una resolución firme sobre el fondo sea *de facto* el competente para juzgar, con independencia de que el criterio en el que ha fundado su competencia sea el más apropiado y conduzca a la solución más justa o eficaz para la protección de la víctima y la sanción del culpable⁴⁶; y con independencia también de cuál sea el estándar de garantías procesales con el que se haya llevado a cabo el enjuiciamiento⁴⁷. En segundo término, dado que la interdicción tiene como efecto la homologación de la resolución de otro Estado dictada en primer lugar, que aplica un derecho propio, no armonizado a nivel europeo, con el paso del tiempo se acaba produciendo una aproximación de las legislaciones por vía de práctica judicial que termina en la armonización no alcanzada entre los gobiernos. Se trata del que se ha denominado proceso de «integración negativa», en el que una prohibición acaba desempeñando una función reguladora que con el paso del tiempo «equivale a una armonización»⁴⁸. Y, en materia penal, esta armonización *de facto* suele conducir a que sean las legislaciones penales de los países más punitivistas y más activos en la persecución de ciertas conductas los que acaben imponiendo su modelo⁴⁹.

Estados miembros el procesamiento ante la jurisdicción penal por unos mismos hechos ya sancionados de manera firme, en vía administrativa, siempre que el juez penal se encuentre en situación de tomar en consideración la previa existencia de una sanción administrativa, a efectos de mitigar la pena a imponer por dicha jurisdicción penal». El TJ respondió de forma conjunta las cuestiones 2^a, 3^a, y 4^a, sosteniendo que «El principio *non bis in idem* ... no se opone a que un Estado miembro imponga, por los mismos hechos de incumplimiento sobre el valor añadido, sucesivamente un recargo fiscal y una sanción penal si la primera sanción no tiene carácter penal, cuestión que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional nacional». Paralelamente, apeló a los criterios Engel elaborados por el TEDH para determinar si estamos ante materia penal o no. De todo ello parece deducirse tácitamente que si nos encontramos ante materia penal la imposición de una segunda sanción siempre vulnerará el art. 50 CDFUE.

46. Cfr. en el mismo sentido VERVAELE, J., *Indret* 1/2014, p. 20.

47. Sobre la cuestión de los diferentes estándares de protección y los problemas que la protección multinivel de derechos fundamentales plantea, cfr. por todos, PÉREZ MANZANO, M., «El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio», *REDC* 2012. Cfr. STJ 26.02.2012 as. Melloni (C-399-11) y as. Aklagaren y Akerberg Fransson (Gran Sala, C-617/10).

48. SARMIENTO, D., «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en ARROYO/NIETO (Coord.), *El principio ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 37 y ss., p. 54.

49. Sobre la cuestión por todos, SCHÜNEMANN, B., «Europäische Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene», *Zeitschrift für Rechtspolitik mit Rechtspolitischer*

Pero no podemos olvidar que el sistema anclado en la ausencia de armonización, el reconocimiento de resoluciones judiciales y la prohibición de *bis in idem* puede también ser utilizado por delincuentes avezados para instar el enjuiciamiento rápido del hecho cometido en el Estado con la legislación más benigna para sus pretensiones, en una práctica poco defendible de *forum e Ius puniendi shopping*. Ni los Estados más punitivistas ni los delincuentes más avezados merecen la especial protección que el Tribunal de Justicia les está prestando con una interpretación tan laxa de los requisitos de la prohibición de *bis in idem*. Por eso no debería avanzarse a pasos de gigante en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sin que previamente existan normas comunes –y obligatorias– sobre competencia judicial penal internacional y sin un proceso de armonización mínima de las legislaciones penales. Y por estas razones creo necesario analizar con mirada crítica las resoluciones del Tribunal de Justicia en materia de *ne bis in idem* y no pensar automáticamente que constituyen un paso más y positivo en la asunción de la tarea de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Como Daniel Sarmiento ha defendido, con razón, la interpretación amplia de los artículos 54-58 realizada por el Tribunal de Justicia no solo es una pieza más de la «maximización del reconocimiento mutuo en el ámbito penal» sino «la más incontrolada de todas».

Veamos sus efectos en el caso comentado.

V. LOS ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL CASO

A. LA LIMITACIÓN DEL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN *BIS IN IDEM* ES CONFORME CON EL ARTÍCULO 50 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y PROPORCIONADA

1. El Tribunal de Justicia se enfrentó a las dos preguntas realizadas en la cuestión prejudicial en el marco, acabado de esbozar, de una interpretación muy amplia sobre el alcance de la protección que brinda la prohibición de *bis in idem*, de un lado, y de un contexto de limitado reconocimiento transfronterizo de la prohibición caracterizado, además, por la incorporación de condiciones y restricciones a la operatividad de la interdicción de *bis in idem* en la cooperación judicial penal internacional, de otro. La primera de las cuestiones, relativa a la compatibilidad del derecho a no ser juzgado o castigado dos veces por los mismos hechos del artículo 50 de la Carta de Niza con las limitaciones y condiciones contempladas en el artículo 54 CAAS, fue contestada de forma positiva por el Tribunal de Justicia. El hilo argumental del Tribunal es el siguiente.

En primer término, señala el Tribunal de Justicia que el artículo 54 CAAS se menciona expresamente en las explicaciones de la Carta relativas al artículo 50 como parte de las disposiciones a las que se refiere la cláusula del artículo 52.1 de

Umschau, 2003-6, pp. 185-188; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., «La euroorden: hacia una Europa de los carceleros», *La Ley*, 29 de diciembre de 2006; MAPELLI MARCHENA, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, Aranzadi, 2014, p. 389, 431 y ss., 445 y ss.

la misma, de lo que derivaría que la condición limitativa contemplada en el artículo 54 CAAS es compatible con el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales⁵⁰. No obstante, aunque con dicha afirmación parece que podría haberse cerrado la respuesta a esta primera cuestión, el Tribunal de Justicia decidió someter dicha condición al juicio de proporcionalidad –en sentido amplio– que el propio artículo 52.1 de la Carta prevé para cualquier limitación de un derecho fundamental. Este artículo establece: «[c]ualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

Por ello, en segundo lugar, el Tribunal procede al análisis de los requisitos impuestos por este artículo 52.1 como parte del juicio de proporcionalidad de la limitación del derecho al *ne bis in idem* contemplada en el artículo 54 CAAS: 1. Debe estar establecida en la ley. 2. Respetar su contenido esencial. 3. Responder a una finalidad legítima (alcanzar un objetivo de interés general para la Unión o protección de los derechos y libertades de los demás). 4. Ser necesaria e idónea para alcanzar el objetivo (inexistencia de instrumentos suficientes para alcanzarlo y capacidad de la restricción de contribuir a su consecución). 5. Ser proporcionada (no implicar más costes en el derecho que los estrictamente necesarios para conseguir el objetivo). Con este hilo conductor el Tribunal de Justicia sostuvo que la condición limitativa del derecho al *ne bis in idem*:

- Cumple el principio de legalidad, pues está *establecida en la ley*, singularmente en el artículo 54 CAAS.
- *Respetar el contenido esencial* del derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos, ya que no cuestiona el principio sino que simplemente pretende evitar que el hecho y el autor queden impunes porque el primer Estado decida no ejecutar la pena⁵¹.
- *Responde a un interés general* –evitar la impunidad– ubicado en el objetivo asignado a la Unión –artículo 67 TFUE, ap. 3– de constituir un espacio de libertad, seguridad y justicia, que requiere que la Unión se esfuerce por garantizar un elevado nivel de seguridad mediante medidas de prevención y lucha contra la criminalidad, y de coordinación y cooperación entre autoridades.
- *Es adecuada* para alcanzar el objetivo de evitar la impunidad pues «se evita el riesgo de que esa persona condenada quede impune al haber salido del territorio del Estado de condena»⁵².

50. STJ 27.05.2014 as. Zoran Spasic apartados 54 y 55.

51. Apartados 57-59.

52. Apartados 62-64.

- *Es necesaria* dado que, aunque la Unión dispone de otros instrumentos normativos que parece que podrían utilizarse para garantizar la ejecución de la pena y alcanzar el objetivo de evitar la impunidad, sin embargo, dichos instrumentos «no pueden asegurar la completa realización del objetivo pretendido»⁵³. De un lado, porque de los instrumentos normativos de la Unión no deriva una obligación para el Estado que ha dictado la sentencia de «asegurar la ejecución de las sanciones» impuestas en ella, de modo que si el primer Estado de condena no ha hecho ejecutar la pena impuesta, el resto de los instrumentos de la Unión no pueden evitar de la impunidad, dado que ninguno de ellos contiene una condición similar a la incluida en el artículo 54 CAAS. Con dichos instrumentos normativos de la Unión: podría determinarse la jurisdicción con competencia preferente⁵⁴; un segundo Estado podría solicitar la entrega del condenado para la ejecución de la condena impuesta –con base en la DM 2002/548, relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega–; y podría ejecutarse la pena en un Estado distinto al que lo ha juzgado⁵⁵. Sin embargo, el uso de estos instrumentos «... está sujeto a diversas condiciones y depende en último término de una decisión del Estado miembro del tribunal que haya dictado una sentencia penal firme, ya que ese Estado miembro no está sujeto a una obligación nacida del Derecho de la Unión de asegurar la ejecución efectiva de las sanciones derivadas de esa sentencia»⁵⁶. La segunda razón reside en que, de conformidad con el artículo 4 de la DM 2008/909, la posibilidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad en Estado distinto al que ha dictado la condena se supedita al consentimiento del condenado y a que el Estado miembro en que se ha impuesto la condena «tenga el convencimiento de que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado»⁵⁷. Y dichos requisitos pueden conducir a la imposibilidad de ejecutar la pena en un segundo Estado distinto de aquel que ha juzgado el hecho en primer lugar.
- *Es proporcionada*, es decir, no excede de lo necesario para conseguir el objetivo pretendido –«evitar en un contexto transfronterizo la impunidad de las

53. Apartados 68.

54. Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

55. Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

56. Apartados 67 y 69.

57. Apartado 70.

personas condenadas en un Estado miembro de la Unión por una sentencia penal firme»—, dado que la limitación del derecho contemplada en el artículo 54 CAAS solo se activará en los casos en que «el sistema actualmente previsto por el Derecho de la Unión no haya bastado, por cualesquiera razones, para excluir la impunidad de las personas condenadas en la Unión por una sentencia penal»⁵⁸. De modo que si, a través de los instrumentos normativos ya mencionados, la primera condena se ha ejecutado o se está ejecutando, la persona condenada no puede ser perseguida por los mismos hechos en otro Estado.

- Por último, se afirma que en todo caso no se excluye que en un caso concreto los Estados realicen consultas para «comprobar si el Estado miembro de la primera condena tiene la intención real de llevar a cabo la ejecución de las sanciones impuestas»⁵⁹.

2. La argumentación del Tribunal de Justicia en este punto se sustenta en dos polos. El primero de ellos viene a ser una suerte de interpretación originalista de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues apela a las explicaciones al artículo 50. Ningún reproche formal puede hacerse a este argumento, pues, ciertamente, las explicaciones de la Carta están pensadas exactamente para servir de guía a la interpretación sobre el contenido y alcance de los derechos reconocidos en ella, de modo que vienen a incorporar el «estado de la cuestión» antes de su aprobación. Materialmente, sin embargo, apelar solo a las explicaciones de la Carta podría constituir una argumentación insuficiente para legitimar la limitación de un derecho fundamental, dado que, nada impide que la Carta haya elevado el estándar de protección de un derecho o que sea necesario hacerlo a la luz del presente, puesto que, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en incontables ocasiones⁶⁰, se ha de realizar una interpretación dinámica de los derechos, acorde con el desarrollo social actual. Esta es la razón que explica que el Tribunal no acabe su argumentación con la aseveración de que el artículo 54 CAAS es una de las disposiciones mencionadas en las explicaciones del artículo 50 de la Carta de Niza y prosiga su discurso.

El segundo pilar de la argumentación es el principio de proporcionalidad como instrumento de análisis de legitimidad de las restricciones de los derechos funda-

58. Apartado 71.

59. Apartado 73.

60. La necesidad de hacer una interpretación dinámica de los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido una declaración constante del Tribunal en muchas materias, por ejemplo, en cuanto a la determinación de cuándo estamos ante un trato que traspasa el umbral mínimo requerido para considerarlo inhumano, degradante y, por tanto, lesivo del art. 3 CEDH. Cfr. por todas, STEDH de 28 de julio de 1999, asunto Selmouni c. Francia § 101, reiterado en otras muchas, en el asunto S. D. c, Grecia de 11 de junio de 2009.

mentales⁶¹. Y en este punto tampoco formalmente la argumentación es merecedora de ningún reproche puesto que el desarrollo discursivo es muy claro y contundente. El Tribunal transita por todos los estadios necesarios para alcanzar la conclusión de conformidad del artículo 54 CAAS con el artículo 50 de la Carta de Niza. Sin embargo, conviene que nos detengamos en dos de los hitos del razonamiento.

El Tribunal asevera que la restricción no afecta al contenido esencial del derecho, porque no cuestiona el principio. Esta afirmación adolece de una cierta superficialidad, pues la restricción sí cuestiona claramente una de las dos facetas que el derecho incluye: la prohibición de doble enjuiciamiento. Ciertamente, si la sanción no se ha ejecutado, se puede pensar que no se cuestiona la prohibición de doble sanción, porque materialmente el condenado no habrá padecido dos sanciones. Sin embargo, lo que no se puede sostener es que si se ha juzgado el mismo hecho en una primera ocasión, un segundo enjuiciamiento no cuestiona la prohibición de doble enjuiciamiento penal. Como ya he señalado, la cláusula del artículo 54 CAAS y otras similares sacrifican una de las dos facetas del derecho al *ne bis in idem*. Por tanto, quizás hubiera sido más razonable ahondar en si es necesario sacrificar la prohibición de doble proceso en estos casos en los que la pena impuesta no se ejecuta. Y a estos efectos la plasmación de la prohibición del *bis in idem* en el Derecho penal Internacional podría servirnos de guía. Uno de los objetivos fundamentales de tal legislación es evitar la impunidad, pero sólo la que deriva del carácter fraudulento del procedimiento sustanciado en el Estado donde se han cometido los hechos, procedimiento que se utiliza para sustraerse de la persecución real y efectiva de los Tribunales Penales Internacionales. No se trata de evitar la impunidad derivada de la no ejecución de la pena en el primer procedimiento por cualquier causa, puesto que puede haber causas legítimas, sino solo de evitar la que deriva de aquellas causas que son interpretadas como fraudulentos intentos de sustracción real a un juicio justo. De modo que en este contexto podría sostenerse que las restricciones del derecho que tienen su fundamento en evitar la impunidad derivada de un uso fraudulento de las reglas de asignación de competencia en materia penal, utilizadas para la sustanciación de un primer procedimiento simbólico cuyo único sentido es evitar la persecución justa de los hechos, no debe considerarse que afecten al contenido esencial del *ne bis in idem*, pues este derecho solo está pensado para garantizar que no se va a perseguir o juzgar en una segunda ocasión si el primer procedimiento no es pura quimera.

Especialmente relevante es también el argumento relativo a que la ejecución de las penas privativas de libertad en Estado distinto al que dicta la sentencia requiere el consentimiento del condenado. En efecto, este es un pre-requisito contemplado en el artículo 4.1. de la DM 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de

61. Sobre ello cfr. recientemente, LASCURAÍN/RUSCONI (Dir.), *El principio de proporcionalidad penal*, Adhoc, Buenos Aires, 2014, con una recopilación de textos de los máximos especialistas españoles, latinoamericanos y alemanes.

libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. Se trata de un requisito que tiene todo el sentido interpretado a la luz del objetivo que se quiere alcanzar con la DM 2008/909 de facilitar que la ejecución de la pena en otro Estado permita garantizar la reinserción social del penado. Sin embargo, ciertamente, este requisito carece de todo fundamento cuando lo que se pretende es evitar la impunidad que facilita la libre circulación de personas en la Unión Europea desincentivar las estrategias de *forum shopping*. Si uno de los problemas principales de la ausencia de armonización de las legislaciones procesales y penales y de las reglas de competencia penal internacional reside en que esta situación es un buen caldo de cultivo para potenciar actuaciones estratégicas de los delincuentes buscando la jurisdicción penal más benigna para sus intereses, evidentemente, la exigencia de consentimiento del condenado para ejecutar la pena en Estado distinto del que lo ha juzgado y condenado constituye un elemento más incentivador de tales estrategias; es el elemento de cierre del sistema, pues una vez que ha podido elegir el foro y la legislación penal aplicable, puede también conseguir que la pena se ejecute en el Estado que lo ha juzgado.

Por tanto, aunque con los matices acabados de señalar, en principio, no me parecen objetables los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en abstracto.

B. EL PAGO DE LA MULTA, CUANDO SE HA IMPUESTO ADEMÁS UNA PENA DE PRISIÓN, NO ES SUFICIENTE A LOS EFECTOS DE CONSIDERAR QUE SE ESTABA CUMPLIENDO LA PENA

1. A la cuestión relativa a si el pago de la multa penal permite considerar que la sanción se ha ejecutado o se está ejecutando en los casos en que haya sido impuesta junto a una pena privativa de libertad, el Tribunal de Justicia contestó de forma negativa. Ni puede afirmarse que se ha ejecutado, puesto que faltaría la ejecución de la pena privativa de libertad, ni puede afirmarse que se está ejecutando. La argumentación del Tribunal parte de que el principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 CAAS no sólo pretende evitar la impunidad de las personas condenadas por sentencia judicial firme sino también «garantizar la seguridad jurídica mediante el respeto de las resoluciones de los órganos públicos que han adquirido firmeza, a falta de armonización o aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros»⁶². Y toma como punto de partida, también, la necesidad de realizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión, lo que requiere, además, tener en cuenta «el contexto de la normativa en que se inserta y el objetivo que pretende»⁶³. En este marco, afirma que, si bien el artículo 54 CAAS utiliza el singular para referirse a la pena, es evidente que debe interpretarse en el sentido de que abarca todas las posibles situaciones, en especial, la producida en el caso, de que se hayan impuesto dos penas principales, pues otra interpretación privaría de sentido al principio enunciado en el artículo 54 CAAS y «perjudicaría la aplicación útil de ese

62. Apartado 77.

63. Apartado 79.

artículo»⁶⁴. Finalmente, sostiene el Tribunal que puesto que ambas penas se han impuesto como principales y la pena privativa de libertad no se está cumpliendo en Italia, no se puede entender que «la sanción “se esté ejecutando” en el sentido del artículo 54 del CAAS»⁶⁵.

2. Tampoco esta solución merece crítica como regla general. Si bien el fundamento de esta condición reside en evitar un doble enjuiciamiento en los casos en que la ejecución de la pena es de tracto sucesivo –como en el caso de la pena de privación de libertad pero también respecto de la multa en el sistema de días-multa– y no se ha ejecutado totalmente la pena, resulta difícil de interpretar cuando se imponen varias penas. El tribunal se decanta por la idea, implícita, y sensata, de que en caso de imposición de dos penas principales ambas se deben estar cumpliendo para considerar que la sanción se está ejecutando. Sin embargo, tengo dudas de que la solución hubiera sido la misma si se hubieran impuesto dos penas principales, una de días-multa y otra de prisión, y se hubiera comenzado a ejecutar solo la pena de prisión. Imagino que en este caso se hubiera sostenido que sí se estaba ejecutando la pena, a pesar de que solo se había comenzado a ejecutar una de ellas. Esto pone de relieve que, probablemente, el argumento implícito no reside tanto en que deben estar ejecutándose las dos penas impuestas como principales, para considerar aplicable el artículo 54 CAAS, sino que más allá del comienzo de ejecución parcial de alguna de las penas, este comienzo de ejecución debe constituirse como indicio inequívoco de la voluntad de ejecutar las penas impuestas en el Estado que ha emitido la condena y de que, por tanto, se continuará hasta su completa ejecución. Se trata, por tanto, de valorar si la actuación del Estado denota un uso fraudulento del procedimiento penal tendente a facilitar la impunidad del autor del delito o no.

C. ALGUNAS DUDAS SOBRE EL CASO Y SU SOLUCIÓN

Si bien todo lo expuesto fundamenta un balance positivo del sentido y argumentación de la sentencia comentada, sin embargo, materialmente hay algo de la argumentación del Tribunal que no resulta convincente y es en lo relativo a la aplicación al caso.

1. Si aplicamos las reglas de asignación de competencia penal y de ordenación de las jurisdicciones penales competentes, como ya he señalado, es Italia el país que debiera tener competencia preferente al ser el Estado de comisión de los hechos. De modo que, en atención a este dato, el Sr. Spasic no intentó sustraerse de la jurisdicción penal preferente sino todo lo contrario, intentó (con éxito) *comprar el foro* italiano que era el preferente. Es decir, que si los Estados (alemán e italiano) hubieran efectuado consultas y Eurojust hubiera emitido dictamen, con bastante seguridad, hubiera concluido que Italia tenía la competencia preferente para el enjuiciamiento de los hechos. En estas circunstancias y si el caso no presentara ninguna especia-

64. Apartado 81.

65. Apartado 84 y 85.

lidad más, no creo que estuviera justificada la aplicación del artículo 54 CAAS y, por tanto, la restricción del derecho fundamental a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos. Dicho de otro modo, en el intento del Sr. Spasic de ser juzgado en Italia no habría ningún fraude objetivamente considerado, con independencia de si la legislación italiana era más benigna o no que la alemana. Circunstancia esta que, en el modelo de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sin armonización, no debería preocuparnos. ¿Por qué nos parece razonable reconocer resoluciones judiciales de un Estado, aunque su solución sea muy benigna, cuando analizamos el caso desde la perspectiva de un Estado avezado que actúa en primer lugar, y nos preocupa que ese mismo Estado dicte una resolución en un caso similar instado por un delincuente avezado?

2. En un análisis más detallado del caso pudiera quizás concluirse que la reclamación de la competencia por parte de Alemania tenía algún fundamento. Si se tratara de una organización criminal dedicada a la estafa, que hubiera cometido un cierto número de estafas en distintos países, entre los cuales estuviere Alemania, o, incluso si se tratara de un autor individual que había cometido estafas en distintos Estados, pudiera ser razonable que un Estado en el que se han cometido un número elevado de delitos atraiga la competencia también respecto de otros hechos que afectan a sus nacionales aunque cometidos en otro Estado. Desde esta perspectiva, de cara al enjuiciamiento global del hecho, a la calificación de la continuidad delictiva y a la aplicación de las agravaciones por realizar el hecho en banda organizada, puede resultar más razonable que sean juzgados todos los hechos, o un grupo significativo de ellos, en aquel Estado en el que más ha delinquido la banda o el autor individual. Probablemente la competencia preferente de Italia para el concreto hecho cometido en Milán en 2009 podía sacrificarse, entonces, frente a la competencia de Alemania si la banda o el autor individual había cometido en Alemania un conjunto de delitos o alguno más grave, de modo tal que la estafa de Milán podría ser integrada como uno más de los hechos individuales de estafa que permitirían la calificación del delito continuado que podría ser juzgado en Alemania. Ahora bien, aunque la determinación de la jurisdicción penal competente *ex ante* hubiera podido llegar a la conclusión mencionada –preferencia de Alemania–, esto no obsta para que si, finalmente, por cualquier razón, fuera el Estado territorialmente competente (Italia en el caso) el que juzgara en primer lugar los hechos, no habría razones para fundamentar que la limitación de la prohibición de incurrir en *bis in idem* estuviera justificada por el carácter fraudulento del primer procedimiento: el primer procedimiento no sería fraudulento porque no se habrían utilizado las reglas de competencia para detraer el enjuiciamiento del Estado que ostentaba un mejor criterio en el que sustentar la competencia.

3. Si se quiere defender el carácter fraudulento del enjuiciamiento en Italia debería intentar fundarse, en su caso, en otras circunstancias. Pero éstas no podrían ser ni el carácter más benigno de la legislación penal del Estado que juzga en primer lugar –pues el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales presupone la diferencia entre las legislaciones penales–, ni que el acusado haya llegado

a un acuerdo con el fiscal, reconociendo los hechos, ya que también es ésta una práctica posible en muchos Estados europeos a la que el Tribunal de Justicia no ha encontrado inconveniente para considerar que los acuerdos con la acusación, incluso sin ratificación judicial, pueden calificarse de «sentencia judicial firme» a los efectos de activar la prohibición de ulterior enjuiciamiento y sanción⁶⁶.

4. Otra cuestión llama también la atención en el caso; según consta en la sentencia⁶⁷ el ministerio fiscal suspendió la ejecución de la pena impuesta en Italia, aunque dicha suspensión se revocó el 5 de enero de 2013, y se ordenó el ingreso en prisión. Pues bien, la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad no puede fundar una afirmación sobre el carácter fraudulento del procedimiento penal, pues es práctica habitual y saludable en los Estados europeos. Además el Tribunal de Justicia ha ratificado que mientras la condena está suspendida, se está ejecutando⁶⁸ la pena a los efectos del artículo 54 CAAS. Por ello, si se hubiera mantenido la suspensión en Italia, Alemania tendría que haber admitido que la pena de prisión se estaba ejecutando a los efectos del artículo 54 CAAS y, que, por tanto, no podía volver a juzgar los hechos sin incurrir en *bis in idem*. Menores dudas cabe albergar aún respecto de que una vez que se revocó la suspensión y se ordenó la prisión del Sr. Spasic, no existía ninguna razón objetiva que avalara la sospecha de que Italia no quería ejecutar la pena impuesta. Es más, estando el condenado bajo la jurisdicción de Austria, primero, y de Alemania, después, no existían riesgos de falta de cumplimiento de la pena, pues antes o después podría transferirse al Sr. Spasic a Italia para el cumplimiento de la pena en dicho Estado si se hubiera negado a cumplir la pena de un año impuesta en Italia, en Alemania.

Por tanto, si no puede defenderse que el acusado había conseguido alterar el Estado de enjuiciamiento a uno distinto del que tendría la competencia preferente, ni tampoco puede afirmarse que existieran indicios de que Italia no tenía intención de ejecutar la pena privativa de libertad, ni sostenerse una sospecha fundada de un riesgo cierto de que no pudiera ejecutarse la pena en Italia, no veo ninguna necesidad de que Alemania vuelva a juzgar al Sr. Spasic por el hecho cometido en Milán; es decir, me parece injustificada la pretensión de doble enjuiciamiento penal del Sr. Spasic que subyace al planteamiento de la cuestión prejudicial y a la que el Tribunal de Justicia dio vía libre con esta resolución.

66. STJ 11.02.2003 as. Gözütok y Brüggge (C-187/01 y C-385/01), apartados 40 y ss. a pesar de la argumentación contraria de las alegaciones de Alemania y Bélgica.

67. Apartados 32 y 33.

68. STJ 18.07.2007 as. Kretzinger (C-288-05): «una pena privativa de libertad cuya ejecución ha sido dejada en suspenso, en la medida en que castiga el comportamiento ilícito de una persona condenada, constituye una sanción a efectos del artículo 54 del CAAS. Deberá considerarse que la mencionada pena “se está ejecutando” a partir del momento en que la condena se haya hecho ejecutiva y durante todo el plazo de suspensión de la pena. Posteriormente, una vez transcurrido dicho plazo de suspensión, deberá considerarse que la pena “se ha ejecutado” a efectos de esa misma disposición» (apartado 42).

En suma, la proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental al *ne bis in idem* que en abstracto razona el Tribunal para defender la conformidad del artículo 54 CAAS con el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se confirma en el caso concreto: ni había riesgo de impunidad, ni aunque lo hubiera habido, el nuevo enjuiciamiento en Alemania era la única opción posible para evitarlo; la pena de un año de prisión podía haberse cumplido en Alemania o en Italia.