

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 8 de junio de 2006¹

I. Introducción

1. Este reenvío prejudicial del artículo 35 UE, promovido por el Rechtbank 's-Hertogenbosch (tribunal de primera instancia en materia civil y penal),² proporciona al Tribunal de Justicia la cuarta ocasión para interpretar el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en lo sucesivo, «Convenio»), que enuncia el principio *ne bis in idem*.

2. Las dos primeras veces afirmó que ese principio se aplica cuando la acción pública se extingue mediante el cumplimiento de ciertas cargas pactadas con el ministerio fiscal,³ careciendo, sin embargo, de operatividad si el archivo de una causa obedece a la determinación del propio fiscal de no

mantener la acusación, al haberse iniciado en otro Estado miembro diligencias contra el imputado por idénticos sucesos.⁴

3. La tercera oportunidad la brindó el asunto C-436/04, Van Esbroeck, cuya sentencia, pronunciada el pasado 9 de marzo,⁵ examinó la eficacia *ratione temporis* del mencionado precepto, perfilando el concepto de *idem*.

4. Los contornos de esta última noción y el modo en el que se resuelve el ejercicio del poder estatal para reprimir las conductas con relevancia criminal adquieren de nuevo protagonismo, pues el juez remitente no tiene claro el alcance de la expresión «los mismos hechos» y quiere saber si una persona absuelta en sentencia por falta de pruebas ha «sido juzgada» en el sentido del repetido artículo 54 del Convenio.⁶

1 — Lengua original: español.

2 — Ciudad de Brabante, cercana a Amberes, en la que, hacia 1450, nació Jeroen van Aken, conocido con el seudónimo de El Bosco. Los Países Bajos han aceptado esta atribución prejudicial del Tribunal de Justicia, otorgando a todos los jueces y tribunales la potestad de plantearle cuestiones (DO 1999, C 120, p. 24).

3 — Sentencia de 11 de febrero de 2003, Gözutök y Brügger (asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345, en los que presenté conclusiones el 19 de septiembre de 2002).

4 — Sentencia de 10 de marzo de 2005, Miraglia (C-469/03, Rec. p. I-2009).

5 — Esta sentencia aún no se ha publicado en la Recopilación. También redacté las conclusiones de este caso, leídas el 20 de octubre de 2005.

6 — La Comisión de las Comunidades Europeas ha promovido un «Libro verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales» [Bruselas, 23 de diciembre de 2005, COM(2005) 696 final], en el que se indagan los tipos de decisiones que impulsan dicho principio (p. 9).

5. Tales dudas se suscitan en un proceso instado por el Sr. Van Straaten, al amparo del artículo 111, apartado 1, del Convenio, para combatir su inscripción en el Sistema de Información de Schengen.

c) los protocolos y los instrumentos de adhesión de otros Estados miembros, las declaraciones y los actos adoptados por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio, así como los dictados por las instancias a las que ese Comité asigne competencias decisorias.⁹

II. El acervo de Schengen

A. En general

6. Este patrimonio jurídico integra:

a) el Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 en la ciudad luxemburguesa que le da nombre por los Estados que forman la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes;⁷

b) el Convenio de Aplicación del anterior Acuerdo, suscrito el 19 de junio de 1990,⁸ que establece medidas de cooperación para neutralizar la desaparición de esos controles;

7. El Protocolo (nº 2) anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea incorpora el descrito bloque al marco de la Unión, rigiendo, según su artículo 2, apartado 1, párrafo primero, en los trece Estados enumerados en el artículo 1, entre los que se encuentran el Reino de los Países Bajos y la República Italiana,¹⁰ a partir de la vigencia del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999).

9 — DO 2000, L 239, pp. 63 y siguientes.

10 — Los restantes son el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia y el Reino de Suecia. El Reino Unido y la República de Irlanda no se han asociado plenamente a este proyecto común, optando por una participación puntual [las Decisiones del Consejo 2000/365/CE, de 29 de mayo de 2000 (DO L 131, p. 43), y 2002/192/CE, de 28 de febrero de 2002 (DO L 64, p. 20), se ocupan, respectivamente, de las solicitudes de ambos Estados miembros para terciar en algunas de las disposiciones del Acervo]. Dinamarca disfruta de un estatuto singular, que le permite soslayar las resoluciones que se adopten en este ámbito. El citado cúmulo de normas vincula a los diez Estados miembros recientes desde el ingreso en la Unión Europea, aun cuando muchas necesitan la mediación del Consejo (artículo 3 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, así como las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea).

7 — DO 2000, L 239, p. 13.

8 — DO 2000, L 239, p. 19.

8. La meta, a tenor del preámbulo del Protocolo, radica en potenciar la integración en Europa y, en particular, propiciar que la Unión se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia.

9. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, del Protocolo, el Consejo adoptó, el 20 de mayo de 1999, las Decisiones 1999/435/CE y 1999/436/CE, en las que define el Acuerdo de Schengen y determina, en virtud de los preceptos pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de las normas que integran su acervo.¹¹

B. Sobre el principio *ne bis in idem*

10. El título III del Convenio, llamado «Policía y seguridad», se inicia con un capítulo dedicado a la «Cooperación policial» (artículos 39 a 47) y continúa con otro que se ocupa de la «Asistencia judicial en materia penal» (artículos 48 a 53).

11. El capítulo tercero, bajo la rúbrica «Aplicación del principio *non bis in idem*», se compone de los artículos 54 a 58, con cobertura en los artículos 34 UE y 31 UE, según el artículo 2 y el anexo A de la aludida Decisión 1999/436.

12. El artículo 54 prescribe:

«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.»

13. El artículo 55, apartado 1, letra a), precisa que, al ratificar el Convenio, un Estado puede desvincularse del artículo 54 cuando, no acaeciendo la acción en el país de enjuiciamiento, sucedió, total o parcialmente, en su territorio.

C. Sobre la lucha contra el tráfico de drogas

14. Tras los capítulos cuarto («Extradición»; artículos 59 a 66) y quinto («Transmisión de la ejecución de sentencias penales»; artículos 67 a 69), el título III destina otro a los «Estupefacientes» (artículos 70 a 76), cuyo artículo 71, con base jurídica, además

11 — DO L 176, pp. 1 y 17, respectivamente.

de en los artículos 34 UE y 31 UE, en el artículo 30 UE, estipula:

«Por lo que se refiere a la cesión directa o indirecta de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, así como a la tenencia de dichos productos y sustancias a efectos de cesión o exportación, las Partes contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con los convenios existentes de las Naciones Unidas, todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.»

15. Un último capítulo, el séptimo (artículos 77 a 91), versa sobre las «Armas de fuego y municiones».

D. Sobre el Sistema de Información de Schengen

16. El título IV del Convenio (artículos 92 a 119) instauro el Sistema de Información de Schengen,¹² compuesto de una sección en cada uno de los signatarios y de una unidad

de apoyo técnico, para, mediante consultas automáticas, conocer la descripción de personas y de objetos, a los fines contemplados en los artículos 95 a 100 (artículos 92, apartado 1, en relación con los artículos 94, apartado 1, y 102, apartado 1).

17. Uno de tales propósitos es la detención para la extradición, tesisura en la que los datos del individuo buscado se incorporan al Sistema a instancia de la autoridad judicial del Estado requirente (artículo 95, apartado 1), único habilitado para modificarlos, completarlos, rectificarlos o suprimirlos (artículo 106, apartado 1). Si el Estado requerido reputa incompatible la reseña con su ordenamiento jurídico, con sus obligaciones internacionales o con sus intereses esenciales, se encuentra facultado para insertar una indicación que impida el arresto en su territorio (artículo 95, apartado 3, en conexión con el artículo 94, apartado 4).

18. Cada país designa el organismo competente en la gestión de la parte nacional del Sistema (artículo 108, apartado 1). Los afectados disfrutan de acciones para solicitar la enmienda o la supresión de una inscripción, así como para recabar información o reclamar una indemnización (artículo 111, apartado 1), comprometiéndose mutuamente los firmantes a cumplir las resoluciones definitivas que se pronuncien (artículo 111, apartado 2).

12 — El Tribunal de Justicia estudió, por primera vez, este Sistema en la sentencia de 31 de enero de 2006, Comisión/España (C-503/03, todavía no publicada en la Recopilación).

III. Los hechos, el litigio principal y las cuestiones prejudiciales ¹³

19. En el mes de marzo de 1983 el Sr. Van Straaten, ciudadano comunitario, poseía en Italia alrededor de cinco kilogramos de heroína, que introdujo en los Países Bajos, donde dispuso de unos mil gramos.

20. En este último Estado miembro se le imputaron tres conductas delictivas: 1^a) importar desde Italia en torno al día 26 de marzo, en comandita con el Sr. Yilmaz, cinco kilogramos y medio de esa droga; 2^a) valerse de mil gramos entre los días 27 y 30 del mismo mes; y 3^a) tener armas de fuego y municiones.

21. El Rechtsbank 's-Hertogenbosch, en sentencia de 23 de junio de 1983, le absolvió de la primera acusación por falta de pruebas, ¹⁴ condenándole por las otras dos a una pena privativa de libertad de veinte meses, que purgó debidamente, después de que adquiriera firmeza. ¹⁵

13 — Habida cuenta de la escasez de las informaciones suministradas en el auto de remisión, para la redacción de los siguientes puntos he utilizado, además, algunas de las observaciones depositadas en el trámite prejudicial, en particular, las del Gobierno neerlandés y las de la Comisión.

14 — Estimo irrelevante e impertinente la indagación sobre una eventual incorrección en la motivación. El dato cardinal radica en que el juez neerlandés absolvió al Sr. Van Straaten, porque, en su opinión, no se acreditaron los hechos.

15 — El Gerechtshof 's-Hertogenbosch (tribunal de apelación) confirmó la decisión, si bien modificó la calificación jurídica del segundo de los cargos en sentencia de 3 de enero de 1984, ratificada en casación por otra del Hoge Raad der Nederlanden (tribunal supremo) de 26 de febrero de 1985.

22. En Italia, el Sr. Van Straaten fue procesado por poseer y exportar a los Países Bajos en varias remesas, hacia el 27 de marzo de 1983, aproximadamente cinco kilogramos de heroína, con la agravante de actuar como miembro de una organización criminal. Celebrado el juicio oral sin su presencia, pese a ser citado en forma, el Tribunale Ordinario (tribunal de primera instancia) di Milano, en sentencia de 22 de noviembre de 1999, sin apreciar la concurrencia de aquella circunstancia de agravación, lo castigó a diez años de prisión y a una multa de cincuenta millones de liras, así como al pago de las costas.

23. A petición de las autoridades italianas, se apuntó al Sr. Van Straaten en el Sistema de Información de Schengen, para su detención y ulterior extradición, promovida por el fiscal de Milán el 11 de septiembre de 2001. Invocando el artículo 95, apartado 3, del Convenio, los Países Bajos añadieron una advertencia, de modo que la captura no pudiera llevarse a cabo en su territorio.

24. Una vez al corriente de la segunda sentencia y de su inclusión en el Sistema, el Sr. Van Straaten pidió, a través del Korps Landelijke Politiediensten ¹⁶ (oficina de la policía nacional neerlandesa), la supresión de sus antecedentes, sin obtener respuesta, por lo que, inmediatamente, reclamó ante el

16 — Institución señalada en atención al artículo 108, apartado 1, del Convenio.

Rechtbank 's-Hertogenbosch. Al amparo del artículo 106, apartado 1, del Convenio, este órgano judicial, en auto de 16 de julio de 2004, emplazó a la República Italiana.

25. El Rechtbank entiende que, con arreglo al artículo 111 del Convenio, el Sr. Van Straaten está legitimado para ejercer la acción y que Italia aparece obligada a asumir la decisión que adopte.

26. El Sr. Van Straaten sostiene que la pena infligida en este último país viola el Convenio y que, por consiguiente, su ejecución adolece de ilegalidad. Italia defiende que la importación punible no se «juzgó» en los Países Bajos, pues se dictó un fallo exculpatorio, sin que nada obste a un segundo enjuiciamiento.

27. El Rechtbank 's-Hertogenbosch ha suspendido el curso de los autos y ha dirigido al Tribunal de Justicia estas preguntas:

«1) ¿Qué debe entenderse por «los mismos hechos» a los efectos del artículo 54 del Convenio? ¿Constituye el mismo hecho la tenencia de aproximadamente 1.000 gramos de heroína en los Países Bajos en el periodo del 27 al 30 de marzo de 1983 o alrededor de estas

fechas, y la posesión de aproximadamente cinco kilogramos de heroína en Italia el 27 de marzo de 1983 o en una fecha cercana, teniendo en cuenta que el lote de heroína de los Países Bajos formaba parte del de Italia? ¿Constituye el mismo hecho la exportación a los Países Bajos de una partida de heroína procedente de Italia y la importación en los Países Bajos de la misma partida originaria de Italia, sabiendo también que los coacusados de Van Straaten en los Países Bajos y en Italia no son exactamente los mismos? Los actos en su conjunto, consistentes en poseer la heroína en Italia, exportarla desde Italia, importarla en los Países Bajos, guardarla en su poder en los Países Bajos, ¿constituyen unos «mismos hechos»?)

2) ¿Cabe afirmar que una persona ha sido juzgada en el sentido del artículo 54 del Convenio, si se declara que los cargos no se han probado de forma legal y convincente, resultando absuelta en virtud de una sentencia?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

28. La Comisión y los Gobiernos austriaco, checo, español, francés, italiano, neerlandés, polaco y sueco han formulado observaciones escritas, habiendo comparecido los representantes de España, de los Países Bajos y de

la Comisión en la vista celebrada el 4 de mayo de 2006, ocasión en la que expresaron oralmente sus alegaciones.

V. La admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

29. Los Gobiernos francés y español discuten la pertinencia de este incidente, mas por razones diversas.

30. El Gobierno galo lamenta la parquedad de las noticias facilitadas por el órgano judicial remitente, que, velando el objeto del litigio, impide calibrar la necesidad de la exégesis del Tribunal de Justicia para zanjarlo.

31. La excepción liminar del Gobierno hispano¹⁷ ofrece un alcance más reducido, pues se circunscribe a la pregunta inicial y, subsidiariamente, a su segunda parte, que, según opina, atañe a la fijación de los hechos. Arguye que precisar si una conducta juzgada en un proceso coincide con la valorada en otro anterior excede de la tarea interpretativa del Tribunal de Justicia.

17 — En su texto se advierte una lamentable confusión entre las cuestiones prejudiciales de validez y las de interpretación (*vid.* apartados 5 y 7).

A. La relevancia del reenvío

32. No anda descaminado el Gobierno galo al afirmar que el auto del Rechtbank apenas permite vislumbrar la naturaleza y el propósito de la pretensión del Sr. Van Straaten. Sin embargo, la bruma se disipa si se acude a las actuaciones de origen y a la memoria de intervención de los Países Bajos.

33. Alegando el artículo 111, apartado 1, del Convenio, el Sr. Van Straaten pide al juez la cancelación de su descripción en el Sistema de Información de Schengen, cometido que corresponde a la República de Italia, vinculada por la decisión que se adopte (artículos 106, apartado 1, en relación con el artículo 111, apartado 2, del propio Convenio).

34. La inscripción deriva de la sentencia del Tribunale Ordinario di Milano, para cuya ejecución el ministerio público instó la extradición, que exige la detención.

35. En suma, la legitimidad de la sanción determina la de la incorporación al Sistema o, a la inversa, la acción para obtener aquella cancelación sólo puede prosperar si el hecho del que depende es ilícito. En esta línea, una resolución judicial vulneradora del principio *ne bis idem* no justificaría la entrega del condenado, previo ingreso en el referido

Sistema, para su apresamiento.¹⁸ Nada tiene, pues, de extraño que el Rechtbank 's-Hertogenbosch, para salvaguardar tal principio, indague el sentido de la expresión «los mismos hechos», empleada en el artículo 54 del Convenio, preguntando si una sentencia absolutoria por falta de pruebas se erige en postulado para su aplicación.

36. Cabría defender la inutilidad del encargo, pues el Sr. Van Straaten no debe temer el arresto en su país, ya que las autoridades neerlandesas, al abrigo del artículo 95, apartado 3, del Convenio, adjuntaron una salvedad (a la que he aludido en el punto 17 de estas conclusiones); pero este enfoque yerra en dos extremos: por un lado, analizando el interés del demandante en el proceso principal e incidiendo sobre su legitimación *ad causam*, se introduce en un campo vedado a la jurisdicción comunitaria; por otro lado, desconoce no sólo que aquella mediación puntual del Estado requerido no obsta a la privación de libertad en otros Estados miembros, sino también que el artículo 54 del Convenio se propone asegurar la libre circulación de los ciudadanos en la Unión,¹⁹ designio marcado por el artículo 2 UE, párrafo primero, cuarto guión.

37. Además, el régimen del artículo 234 CE rige para el artículo 35 UE, adaptado a sus peculiaridades,²⁰ pero con todo el desarrollo

jurisprudencial que ha experimentado. Ambos preceptos subordinan la remisión de cuestiones al Tribunal de Justicia a que el órgano jurisdiccional nacional estime necesaria una interpretación prejudicial para emitir su veredicto, existiendo, pues, una presunción de pertinencia del reenvío, a no ser que: a) carezca de conexión con la realidad o con el objeto del litigio; b) el problema responda a una mera hipótesis; o c) el tenor de los términos en los que se promueve hurte elementos imprescindibles para suministrar una solución útil,²¹ circunstancias que, como se ha explicado, no concurren en el presente supuesto.

38. Un postrer obstáculo a la admisión, percibido por la Comisión para negarlo y relacionado con la futilidad aducida por el Gobierno francés, reside en dilucidar si el artículo 54 del Convenio influye *ratione temporis* en el pleito de origen.

39. La eficacia temporal de esa norma se abordó en el asunto Van Esbroeck, en cuyas conclusiones avanzo que el derecho a no ser encausado ni castigado repetidas veces por idéntico lance se califica de garantía material, encaminada a que nadie, «tras cometer una infracción y haber pagado su culpa, sea perseguido y corregido de nuevo», perfeccionándose cuando tales presupuestos se consolidan, momento en el que nace, como reverso de la moneda, la obligación del poder público de abstenerse de cualquier reacción

18 — La Comisión desarrolla estas ideas en los apartados 30 a 36 de su exposición.

19 — Sentencias Gözütok y Brügge (apartado 38) y Miraglia (apartado 32), ya citadas.

20 — Sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285), apartados 19 y 28.

21 — Sentencia Pupino, a la que acabo de aludir, apartados 29 y 30.

represora. El enjuiciamiento definitivo anterior desempeña el papel de premisa para la aparición en escena del principio (punto 31). La fecha del primer pronunciamiento resulta intrascendente, siempre que el segundo acaezca después de la entrada en vigor del Convenio, que no contiene ninguna previsión específica sobre los efectos en el tiempo del artículo 54 (puntos 32 y 29 de las conclusiones mencionadas). Aceptando mis sugerencias, la sentencia de ese caso, ya citada, entendió que la máxima *ne bis in idem* encaja en tesis semejantes a las del actual (apartados 23 y 24).

40. El reiterado instrumento internacional, inédito cuando sucedieron los acontecimientos (al aprobarse la primera decisión en los Países Bajos e iniciarse diligencias en Italia), regía al tiempo de dictarse la condena en este último país, trance en el que, por tanto, el *ne bis in idem* gozaba de plena operatividad, por lo que las reflexiones de los precedentes puntos 33 a 37 conservan toda su virtualidad.

B. *Un concepto jurídico indeterminado*

41. Tampoco el Gobierno español divaga cuando subraya que la primera cuestión incumbe a los hechos, pero se equivoca al proponer su rechazo *ad limine*.

42. Esta suerte no se predica de toda la pregunta, sino únicamente de las interpelaciones encerradas entre paréntesis, en las que el tribunal remitente solicita un posicionamiento sobre la particular coyuntura del litigio, que no puede recibir, porque tal cometido excede de las funciones hermenéuticas del Tribunal de Justicia.

43. Ahora bien, la consulta arranca con un interrogante que, pese a sus evocaciones fácticas, tiene un calado exegético innegable, pues afecta a un concepto jurídico indeterminado²² («los mismos hechos») de la proposición normativa.

44. Un problema similar se suscitó en el asunto Van Esbroeck, donde señalé que la tarea de esclarecer si un comportamiento por el que se abre un proceso coincide con el indagado en otro pertenece a las entrañas de la potestad de juzgar, para la que sólo estaría capacitado el juez que, con inmediatez, conoce la realidad sobre la que proyecta su apreciación, sin perjuicio de la revisión en una segunda instancia (punto 36 de las conclusiones). La función del Tribunal de Justicia se ciñe a suministrar unos criterios interpretativos que, atendiendo a los fundamentos y al propósito del artículo 54 del Convenio, tracen la dirección más pertinente para un tratamiento uniforme en el territorio de la Unión Europea (punto 37).

²² — Así lo califico en las conclusiones del asunto Van Esbroeck (punto 38).

45. En este empeño parece estéril decantar, desde el derecho comunitario, unas pautas autónomas con las que avanzar un criterio general para afrontar los eventuales supuestos en el futuro, «pues la contingencia de las políticas criminales y la naturaleza del enjuiciamiento penal dificultan las construcciones de valor universal», cabiendo que un planteamiento útil en relación con algunas figuras delictivas o respecto de ciertas formas de participación se revele inadecuado para otras (puntos 38 y 39). Considero más sensata una posición intermedia, que, sin sumergirse en los avatares del proceso principal, sopesa las características del caso, para ayudar al juez nacional con unas reglas que le permitan ventilar el litigio de conformidad con el espíritu de la norma (punto 40).

46. Creo que este enfoque facilita una respuesta útil al tribunal remitente, sin suplantar, conjurando los riesgos anunciados por el Gobierno español.

VI. El análisis de las cuestiones prejudiciales

47. Allanado el camino, han de despejarse, sin más prolegómenos, las dudas del Rechtbank 's-Hertogenbosch. La primera, como ya he reflejado, se ha estudiado en el asunto Van Esbroeck; las sentencias Gözutök y Brügge,

por un lado, y Miraglia, por otro, proporcionan patrones para la segunda. Sin embargo, en este incidente prejudicial se interpretan ciertas variaciones de la misma partitura.

48. Comienzo por el final, porque, si se decide que una sentencia exculpatoria por no haberse acreditado los cargos no empece un posterior examen de «los mismos hechos», huelga toda especulación sobre esta noción.

A. El concepto de bis: la absolución por falta de pruebas (segunda cuestión)

49. En las conclusiones Gözutök y Brügge afirmo que nadie juzgado por un Estado signatario del Convenio puede serlo de nuevo, por idéntica conducta, tanto si se le absuelve como si se le castiga (punto 46).

50. Mi opinión no ha mudado un ápice desde entonces, pero, a diferencia de lo que ocurría en aquella ocasión, en la que no se polemizaba sobre el particular, ahora he de hacer explícitas las razones por las que un pronunciamiento de esta naturaleza desencadena el efecto protector de la regla *ne bis in idem*.

1. La interpretación literal

51. El tenor del artículo 54 del Convenio no admite discusión, ya que, tras aludir al enjuiciamiento en sentencia firme, sin referirse al sentido del resultado, prohíbe toda persecución futura, matizando que, «en caso de condena»,²³ el veto se condiciona al cumplimiento de la pena o a la imposibilidad de su ejecución. Esa precisión sobraría si el principio sólo operara después de una sanción.

52. La sentencia Miraglia, aun de manera implícita, ya que tampoco abordó este aspecto directamente, expresó tal parecer, insistiendo en la idea de indagación «en cuanto al fondo» (apartado 30) y rechazando la aplicación del artículo 54 del Convenio cuando la causa se archiva por haberse iniciado otra en distinto Estado miembro (apartado 35). La clave reside en el ejercicio del *ius puniendi*, mediante una valoración de todos los elementos concurrentes, careciendo de relevancia el alcance del veredicto (más adelante profundizo en esta idea).

23 — Expresiones equivalentes figuran en otras versiones lingüísticas; por ejemplo: *en cas de condamnation* (francesa); *if Fall einer Verurteilung* (alemana); *if a penalty has been imposed* (inglesa); e *in caso di condanna* (italiana).

53. La rotundidad de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁴ afianza esta reflexión. El artículo 50 veda un posterior análisis, si el interesado ha «sido *absuelto o condenado*»²⁵ mediante sentencia firme.

54. Estos argumentos dejan sin contenido una exégesis como la que relata el Gobierno austriaco, para rechazarla, en el punto 37 de sus observaciones escritas. En el marco de Schengen, entender que el *ne bis in idem* exige una declaración de culpabilidad, con independencia de que se acompañe de una condena, atentaría contra el espíritu del artículo 54 del Convenio, además de que reduciría injustificadamente su ámbito, excluyendo las absoluciones por falta de ese componente subjetivo.²⁶

55. Similar antagonismo se observa en la tesis del Gobierno español, que, amén de contradictoria,²⁷ es errónea, al situar la *ratio*

24 — DO 2000, C 364, p. 1.

25 — Con análoga contendencia se pronuncian el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14, apartado 7), el Protocolo n° 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 4, apartado 1) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 20, apartado 1).

26 — La máxima obraría cuando, pese a ser culpable, la acción no se reprime (excusas absolutorias, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad o de perseguibilidad), quedando inactiva si la no imposición de sanción se debe a la apreciación de alguna causa de inimputabilidad o de inculpabilidad.

27 — En el punto 31 de su escrito, sostiene que la fórmula «en caso de condena» evidencia que el artículo 54 del Convenio excluye las absoluciones, olvidando que la proposición principal del precepto aparece en el enunciado «persona que haya sido *juzgada* en sentencia firme».

del aforismo en el principio de proporcionalidad, demandando una respuesta equivalente a la importancia del delito.²⁸

vinculado con el proceso debido y el juicio justo; además, es una exigencia estructural del sistema jurídico, cuya legitimidad se asienta en el respeto a la cosa juzgada (punto 21 de las conclusiones Van Esbroeck).

2. La interpretación teleológica

a) El *ne bis in idem* en Schengen

56. Otros principios inspiran este apotegma: la certidumbre jurídica y la equidad. El transgresor ha de saber que, mediante la liquidación de la pena, expía la culpa, sin temor a una nueva corrección. Si se le absuelve, ha de albergar la certeza de que no se le censurará más tarde (puntos 49 de las conclusiones Gözütock y Brügge y 19 de las conclusiones Van Esbroeck).

57. La regla *ne bis in idem* constituye un derecho fundamental de los ciudadanos,

58. Cuando, ante una acumulación de sanciones, se recurre a la proporcionalidad, para que, al imponerlas, se tengan en cuenta las anteriores, atemperándolas, entra en juego el llamado *Anrechnungsprinzip* o «principio de toma en consideración»,²⁹ que no debe confundirse con el *ne bis in idem*, aunque lo complementa. El artículo 54 del Convenio no contiene una pauta formal que funcione como un lenitivo, al servicio de esa proporcionalidad, cuando se reprime repetidamente a una persona por idéntica conducta, sino una garantía sustantiva, impeditiva de una segunda resolución en el asunto (*Erledigungsprinzip* o «principio de agotamiento del procedimiento»)³⁰.

59. En el acervo de Schengen, empeñado en potenciar la integración de los pueblos de Europa, convirtiendo su Unión en un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el principio *ne bis in idem* se relaciona, además,

28 — Su planteamiento, llevado al absurdo, habilitaría un examen subsiguiente, no sólo cuando se declarara al inculpado libre de responsabilidad criminal, sino también cuando la primera condena no respondiera a la estimación que sobre la gravedad de los hechos se tenga en otro Estado miembro, cabiendo una «pena adicional» para equilibrar castigo y reproche social, con lo que la soberanía en este ámbito, que nadie niega, se vería afectada, antes que por un pacto internacional libremente aceptado, por la intervención unilateral de los poderes públicos extranjeros.

29 — El artículo 56 del Convenio refleja esta idea. Obliga a los Estados miembros a «tomar en consideración» las penas precedentes, si, al amparo del artículo 55, se desvinculan del artículo 54 y entablan diligencias contra personas ya juzgadas en sentencia firme por otro signatario.

30 — Empleo términos equivalentes en las conclusiones de 11 de febrero de 2003, en los asuntos C-213/00 P, Italcementi/Comisión (puntos 96 y 97), y C-217/00 P, Buzzi Unicem/Comisión (puntos 178 y 179), acumulados, junto con otros cuatro, para dictar la sentencia de 7 de enero de 2004 (Rec. p. I-123). Puede consultarse la nota 19 de las conclusiones Gözütock y Brügge.

con el derecho a circular sin trabas.³¹ La supresión gradual de los controles fronterizos, etapa inevitable hacia ese ámbito común, no está exenta de riesgos, pues favorece a quienes aprovechan la disminución de la vigilancia para extender sus ocupaciones ilícitas, haciéndose imprescindible un incremento de la cooperación policial y judicial. Pero esta mayor contundencia ha de lograrse sin merma de las libertades inalienables en una sociedad democrática de derecho.

60. En un entorno multinacional, se requiere, como ya he comentado, más colaboración, pero también un mayor reconocimiento de las actuaciones judiciales allende las fronteras.

b) La mutua confianza

61. El principio *ne bis in idem* sirve³² a la estabilidad jurídica, para que las determinaciones del poder público, una vez firmes, no se discutan *sine die*. Agotada la acción penal en un Estado miembro, los demás no pueden ignorar este extremo. La integración necesita asistencia, improbable sin una recíproca

confianza en los respectivos sistemas de justicia y sin una homologación de las resoluciones, adoptadas en una verdadera «casa común» de los derechos fundamentales.³³

62. Aun cuando un Estado no trate una materia de igual o de similar modo que otro, los resultados se equiparan, porque reflejan valores y principios equivalentes: se ha de creer en la adecuación de las normas de los socios en un proyecto tan ambicioso como la Unión Europea y en que las aplican correctamente, aceptándose sus consecuencias, pese a que conduzcan a soluciones diferentes;³⁴ esta idea implica asumirlos y uno de sus corolarios es el principio *ne bis in idem*.

63. En suma, si un Estado miembro juzga al autor o al partícipe de un delito,³⁵ los tribunales de los demás han de abstenerse de un nuevo examen, cualquiera que sea el

31 — Esta percepción se trasluce en los apartados 38 de la sentencia Gözütok y Brügge y 32 de la sentencia Miraglia.

32 — Así lo sostengo en los puntos 119 y siguientes de las conclusiones Gözütok y Brügge.

33 — El «Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal» (DO 2001, C 12, p. 10) contempla el *ne bis in idem* como una de las providencias apropiadas para tal fin (p. 12). En términos parejos se manifiesta la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el reconocimiento recíproco de las resoluciones judiciales en materia penal y el fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros» [COM(2005) 195 final, p. 4].

34 — Apartados 33 de la sentencia Gözütok y Brügge y 30 de la sentencia Van Esbroeck.

35 — Sugiero este enfoque en el punto 119 de las conclusiones Gözütok y Brügge, poniendo el acento en la última palabra del Estado, ya provenga de un tribunal en su función jurisdiccional, de un juez de instrucción desarrollando su tarea investigadora o de un fiscal en el ejercicio de la acción para perseguir los hechos delictivos.

sentido del fallo,³⁶ condenatorio o absoluto-rio, pues, en ambos supuestos, se expresa el *ius puniendi*.

objetivas, en las que no cabe reclamar otro comportamiento (causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad o miedo insuperable) o en las que no se reúnen las cualidades personales del tipo (elementos subjetivos del injusto), así como las que atañen al transcurso del tiempo³⁸ y a la propia realidad inquirida.

3. La panoplia de posibles pronunciamientos

64. En caso de condena, no se plantea duda alguna, englobando, además de las sentencias estrictamente consideradas, la extinción de la acción pública por el cumplimiento de las obligaciones exigidas al imputado por el fiscal (sentencia Gözütok y Brügger).

66. Este último grupo comprende tres clases de absolución, según que: 1ª) los hechos no integren una infracción criminal, 2ª) el inculpado no los haya cometido o 3ª) no se acredite su autoría;³⁹ la presente cuestión prejudicial se refiere a esta tercera clase.

65. En caso de absolución, todo hacer posterior queda vedado, siempre que se haya puesto en marcha el monopolio estatal para reprimir los delitos, mediando un análisis «de fondo». ³⁷ Esta locución, acuñada en la sentencia Miraglia, encierra diversas hipótesis, dependiendo de las razones de la decisión, unas intrínsecas y otras exógenas al acusado. Entre las intrínsecas se incluyen las que le eximen por carecer de las condiciones imprescindibles para responder (causas de inimputabilidad y de inculpabilidad, como la minoría de edad o el trastorno mental). Las externas aglutinan situaciones

4. En particular, la absolución por ausencia de pruebas

67. Un veredicto de esta índole conlleva una averiguación de fondo o, en otras palabras, implica una resolución sobre la conducta en

36 — El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un acuerdo de inadmisión de 3 de octubre de 2002 (asunto nº 48154/99, Zigarella contra Italia), aseveró que la garantía *ne bis in idem* actúa con independencia del desenlace. Otro más reciente, de 15 de marzo de 2005 (asunto nº 70982/01, Horciag contra Rumanía), reiteró la idea.

37 — En el Libro verde mencionado en la nota 6 de estas conclusiones, la Comisión interpela (pregunta 18) si, para que surta efecto el *ne bis in idem*, se ha de abordar «el fondo» (p. 12).

38 — En el asunto C-467/04, Gasparini, cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Málaga, como órgano penal de primera instancia, el Tribunal de Justicia ha de resolver sobre la absolución por prescripción.

39 — Podría hablarse de «prueba de la inocencia» y «falta de prueba de la culpabilidad», si no fuera porque la inocencia se presume, matiz nada desdeñable y relevante para esta pregunta del Rechtbank 's-Hertogenbosch.

relación con su atribución a un sujeto y, en cuanto tal, agota el *ius puniendi* estatal.

reabrirlo, ni siquiera la aparición de elementos nuevos que atestigüen la autoría.

68. El principio *ne bis in idem* se opone a la reiteración tanto en el castigo, como en la «persecución» y en la «acusación». El artículo 54 del Convenio utiliza el primer sustantivo, mientras que el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea emplea el segundo. La sentencia Gözütock y Brügge se manifestó con meridiana claridad, subrayando que el referido artículo 54 «pretende evitar que una persona [...] se vea *perseguida* por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros» (apartado 38). Las sentencias Miraglia y Van Esbroeck insistieron en esta interpretación (apartados 32 y 33, respectivamente), que no es caprichosa, porque el repetido principio sirve, como he reseñado, a la equidad y a la seguridad, asociándose con el derecho a un juicio justo; también preserva la dignidad ante los tratos inhumanos y degradantes, pues la práctica de reprimir varias veces una misma contravención merece ese calificativo.⁴⁰

69. El proceso penal representa, *per se*, un gravamen necesario para quien, al albur de indicios racionales, es reputado sospechoso de una acción reprochable; pero, si los tribunales estiman definitivamente que no se han acreditado los cargos, nada autoriza a

70. Esta consecuencia no deriva de un criterio adjetivo, como el *in dubio pro reo*, que opera al tiempo de valorarse la prueba,⁴¹ sino de un derecho fundamental, protector del ciudadano frente al poder público, que sólo permite la absolución si, salvaguardadas todas las garantías y practicadas las diligencias de cargo adecuadas, no se desvanece la inocencia.

71. No es pertinente inquietar a quien ha sido declarado no culpable,⁴² tanto si esta condición se constata materialmente, como si resulta de la mencionada garantía básica del individuo, común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros e incorporada a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 48, apartado 1), además de estar proclamada en el artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, erigiéndose en principio general del derecho comunitario, a tenor del artículo 6 UE, apartado 2.

41 — Si se duda sobre la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos del tipo, la balanza ha de inclinarse del lado de la absolución.

42 — La Iniciativa de la República Helénica para adoptar una decisión marco del Consejo sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* (DO 2003, C 100, p. 24) quiso extender su ámbito a los casos en los que se proclama la inocencia (artículo 2, apartado 1).

40 — Énfasis este cariz en la nota 10 de las conclusiones Van Esbroeck.

72. En suma, coincido con la Comisión y con los Estados miembros comparecientes, a excepción de España, en que una persona absuelta por no haberse justificado la imputación ha de considerarse «juzgada» a los efectos del artículo 54 del Convenio.⁴³

73. Nadie discute, tampoco el Gobierno español, la virtualidad del *ne bis in idem* en una tesitura tal dentro de un ordenamiento jurídico nacional, por lo que no se debería dudar de semejante desenlace en un marco supranacional como el de la Unión Europea, salvo que se asuma una concepción cicatera y reticente, negadora de dos pilares de este espacio común: la mutua confianza, con la recíproca aceptación de las resoluciones jurisdiccionales, y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

B. *La noción de idem: «los mismos hechos» (primera cuestión)*

74. La sentencia Van Esbroeck afronta este capítulo del reenvío prejudicial, interpre-

tando que el artículo 54 del Convenio exige la coincidencia en los hechos, entendida como un conjunto indisoluble de acontecimientos, al margen de su calificación jurídica y del interés protegido por los tipos penales.⁴⁴ Añade, a continuación, que esa calificación conviene a la importación y a la exportación de una partida de estupefacientes, punibles en diferentes Estados involucrados con el acervo de Schengen, sin perjuicio de que la apreciación definitiva compete a las instancias nacionales.

75. Este enfoque acoge las sugerencias de mis conclusiones de 20 de octubre de 2005 sobre la dimensión estrictamente factual del concepto (puntos 41 a 49), sobre su aplicación al traslado de una determinada cantidad de droga de un Estado signatario a otro (puntos 50 a 52), así como sobre la exégesis del artículo 71 del Convenio y de los pactos sectoriales de las Naciones Unidas (puntos 53 a 58).

76. Aunque, a estas alturas de mi análisis, me siento tentado a detenerme, las particularidades del presente asunto aconsejan que, avanzando un paso más, realice algunas reflexiones complementarias sobre el *idem*,

43 — La doctrina no cuestiona que una exculpación firme suponga un enjuiciamiento en el sentido del artículo 54 del Convenio (Dannecker, G.: «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid 2004, p. 171).

44 — En las conclusiones Gözütok y Brügger (puntos 48 y 56) aludo, de forma incidental, a los bienes jurídicos y a los intereses tutelados por la norma sancionadora, pero no cabe extraer esta afirmación de su contexto para obtener deducciones precipitadas y convertirme en adalid de una posición que rechazo expresamente en las conclusiones Van Esbroeck. En efecto, en aquellas primeras conclusiones, para defender la dimensión internacional del *ne bis in idem*, me refiero a los valores, pero dejando entrever que en el seno de la Unión Europea y del espacio Schengen carecen de relevancia, pues todos los Estados comprometidos los comparten (punto 55 *in fine*).

sin invadir la tarea del juez remitente, al que corresponde dilucidar si el relato por el que se abre una causa coincide con el de otra anterior.

77. Esta última precisión confiere la razón al Gobierno español, para quien no ha de prestarse atención a la segunda parte de la primera cuestión (la que se encierra entre paréntesis), habida cuenta de que propicia una inmersión en los hechos, vedada al Tribunal de Justicia.

1. El elemento objetivo del *idem*

78. La sentencia Van Esbroeck alude a «un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente vinculadas entre sí» (apartado 36). Esta manera de expresarse esconde un doble aspecto objetivo.

79. Por un lado, se ha de atender al espacio y al tiempo, de suerte que, si en ambas magnitudes existe unidad, no puede dividirse la realidad en episodios artificialmente aislados.

80. Por otro lado, sin abandonar el fáctico, el nexos psíquico del autor con sus propios actos no parece desdeñable.

81. Un único tiempo, un único espacio, pero, también, un único designio.

82. Se ha de manejar esta trilogía para verificar la igualdad reclamada por el principio *ne bis in idem*, en el bien entendido de que no se exige su convergencia. El lugar puede cambiar, como en el asunto Van Esbroeck, en el que se trasladaba una cantidad de sustancias prohibidas de un Estado miembro a otro, sin variar el evento. La trama delictiva es susceptible de prolongarse y de dividirse en avatares singulares, conservando, en orden al castigo, su unidad.⁴⁵ En fin, nada impide que, en ocasiones, la intención del autor mude y, pese a tal coyuntura, el lance permanezca inalterado.

2. El elemento subjetivo: la existencia y el destino de otros implicados

83. El *ne bis in idem*, garantía personal, prohíbe un doble juicio por idéntica acción.

⁴⁵ — La peripecia del Sr. Van Straaten, que condujo de Italia a los Países Bajos una cantidad de heroína, disponiendo de una parte en este último país, encaja en estos parámetros.

Así pues, junto a la coincidencia objetiva, se requiere la subjetiva, de modo que basta con que un individuo sea juzgado, para que no se le inquiete de nuevo.

bien a lo largo de la secuencia criminal y la suerte que les depara la represión penal tienen carácter accesorio.

84. Por consiguiente, la colaboración de otros sujetos, la eventualidad de que cam-

85. Es decir, el principio controvertido en este proceso opera sólo respecto del acusado una primera vez, sin que la narración trueque porque participen otros, que se renuevan durante la ejecución delictiva.

VII. Conclusión

86. A la luz de todo lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones suscitadas por el Rechtbank 's-Hertogenbosch, declarando que:

«1) Una persona ha “sido juzgada” en el sentido del artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen si, tras un examen de las pruebas, se le absuelve por no acreditarse los cargos imputados.

- 2) Para valorar la identidad fáctica hay que:
- reparar en la materialidad de los comportamientos perseguidos en ambos procesos, con abstracción de su calificación jurídica y de los bienes e intereses protegidos mediante su punición en los ordenamientos de los Estados signatarios o en los que rige el acervo de Schengen; y
 - entender por “hechos” el conjunto de acontecimientos indisociablemente vinculados entre sí, a cuyo objeto conviene considerar su eventual unidad temporal y espacial, así como de propósito en el autor, careciendo de relevancia que, en ambos juicios, el titular de la garantía *ne bis in idem* comparezca con coacusados distintos.
- 3) El juez nacional ha de resolver, con arreglo a los anteriores criterios, si constituyen “los mismos hechos” la posesión de un lote de heroína en Italia, su transporte a los Países Bajos y su tenencia, en todo o en parte, en este último Estado.»