CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 15 de junio de 2006 [1]

1. En la presente petición de decisión prejudicial, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») pide que se dilucide el alcance del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen («CAAS»). [2]

2. Al órgano jurisdiccional remitente le interesaría especialmente saber si, en virtud del mencionado principio, una resolución de un tribunal de un Estado miembro que excluya la incoación de cualquier proceso penal como consecuencia de determinados hechos, basándose en que la acción penal ha prescrito con arreglo al Derecho nacional, constituye una resolución que se opone a que los tribunales penales de otro Estado miembro persigan al mismo o a otros inculpados por un delito derivado de los mismos hechos.

3. Para responder a esta cuestión es necesario que el Tribunal de Justicia defina uno de los aspectos fundamentales del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS (y necesariamente, pues, en el Derecho comunitario con carácter más general), a saber, el de si únicamente puede aplicarse el principio cuando el primer tribunal ha dictado su resolución tras examinar el fondo del asunto.

Disposiciones pertinentes

Disposiciones relativas al acervo de Schengen y al CAAS

4. A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea [3] (en lo sucesivo, «el Protocolo»), trece Estados miembros, entre ellos España y Portugal, quedan autorizados a establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación del denominado acervo de Schengen.

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO 2000, L 239, p. 19.

3 — Incorporado como anexo al Tratado de la Unión Europea («TUE») y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Ámsterdam.

5. El anexo de dicho Protocolo define el acervo de Schengen en el sentido de que incluye el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (en lo sucesivo, «el Acuerdo de Schengen»), firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, [4] y, en particular, el CAAS.

6. El objetivo de los signatarios del Acuerdo de Schengen y del CAAS es «la supresión de controles en las fronteras comunes en la circulación de personas», [5] habida cuenta de que «la unión, cada vez más estrecha, entre los pueblos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas debe plasmarse en el libre paso de las fronteras interiores para todos los nacionales de los Estados miembros...». [6] A tenor del párrafo primero del preámbulo del Protocolo, el acervo de Schengen tiene como finalidad «potenciar la integración europea y hacer posible, en particular, que la Unión Europea se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia».

7. En virtud del cuarto guión del párrafo primero del artículo 2 UE, uno de los objetivos de la Unión Europea es mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.

8. Según el artículo 2, apartado 1, párrafo primero, del Protocolo, a partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el acervo de Schengen es inmediatamente aplicable a los trece Estados miembros a que se refiere el artículo 1 de dicho Protocolo.

9. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, segunda frase, del Protocolo, el Consejo adoptó la Decisión 1999/436/CE, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen. [7] Se desprende del artículo 2 de dicha Decisión, en relación con el anexo A de la misma, que el Consejo estimó que la base jurídica de los artículos 54 a 58 del CAAS está constituida por los artículos 34 UE y 31 UE, que forman parte del título VI del Tratado de la Unión Europea, denominado «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal».

4 — DO 2000, L 239, p. 13.

5 — Párrafo segundo del preámbulo del CAAS.

6 — Párrafo primero del Acuerdo de Schengen.

7 — De 20 de mayo de 1999 (DO L 176, p. 17).

10. Los artículos 54 a 58 del CAAS constituyen el capítulo 3, denominado «Aplicación del principio *non bis in idem*», del título III, que trata de «Policía y Seguridad». [8]

11. El artículo 54 dispone que «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.».

12. El artículo 57 establece normas para garantizar que las autoridades competentes de las Partes Contratantes cooperen en orden al intercambio de información destinada a la aplicación efectiva del principio *non bis in idem*.

Convenios internacionales relacionados con el principio non bis in idem

13. Diversos convenios regulan directa o indirectamente la aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito internacional y a nivel europeo. [9] Entre ellos, el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH») versa específicamente sobre el principio *non bis in idem*.

14. El artículo 4, apartado 1, del Protocolo nº 7 dispone que «nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado por una infracción por la que ya haya sido absuelto o condenado por

8 — El texto de dichas disposiciones se inspiró en el texto del Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo al riesgo de doble condena penal, que fue firmado el 25 de mayo de 1987, pero que no llegó a entrar en vigor debido al insuficiente número de ratificaciones. Entre las demás medidas comunitarias vigentes que se refieren al principio *non bis in idem* cabe incluir el artículo 6, en relación con el considerando 10, del Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO L 312, p. 1); el artículo 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO 1995, C 316, p. 49); el artículo 10 el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO 1997, C 195, p. 1), y los artículos 3, apartado 2, y 4, apartados 3 y 5, de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea (DO 2002, L 190, p. 1). El artículo II-110 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa «constitucionaliza» el principio *non bis in idem* como uno de los derechos fundamentales de la Unión. Dicha disposición, denominada «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», está redactada del siguiente modo: «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

9 — A nivel de Naciones Unidas, el artículo 14, apartado 7, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 dispone que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país». En el contexto europeo, los artículos 53 a 55 del Convenio Europeo sobre validez internacional de las sentencias penales de 1972 y los artículos 35 a 37 del Convenio Europeo sobre la transmisión de los autos en asuntos penales de 1972, adoptados en el marco del Consejo de Europa, abordan en idénticos términos la cuestión del principio *non bis in idem* en el ámbito internacional. No obstante, ambos Convenios han sido objeto de muy pocas ratificaciones. Para un análisis exhaustivo de los instrumentos internacionales adoptados en el contexto del Consejo de Europa relacionados con el principio *non bis in idem*, véase J. Verevaele, «The transnational *ne bis in idem* principle in the EU: Mutual Recognition and equivalent protection of human rights», (2005) *Utrecht Law Review* Vol. I, Issue 2, (Diciembre) pp. 100 y ss., especialmente pp. 103 y ss.

sentencia firme de conformidad con la ley y los procedimientos penales de dicho Estado». No obstante, el artículo 4, apartado 2, prevé que «lo dispuesto en el apartado 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».

15. El Tribunal de Justicia mencionó el artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7 cuando declaró que el principio *non bis in idem* constituía un principio fundamental del Derecho comunitario. [10]

Litigio nacional y cuestiones prejudiciales

16. La cuestión prejudicial se ha suscitado en el marco de un proceso penal seguido en España contra varios individuos relacionados con la sociedad española Minerva S.A., en lo que atañe a la venta de aceite de oliva.

17. Del auto de remisión se desprende que Minerva, con domicilio social en Málaga, fue constituida en 1989, teniendo como objeto social el refino y venta a granel de aceite de oliva. Dicha sociedad comercializaba sus productos tanto en España como en el extranjero. En 1997, se incoaron procesos penales en Portugal contra sus accionistas y administradores, a los que me referiré como «los inculpados en Portugal». En dichos procesos, al parecer se comprobó que los accionistas y administradores habían acordado en 1993 introducir a través del puerto portugués de Setúbal aceite de oliva lampante (es decir, no refinado) procedente de Túnez y Turquía; que se introdujeron efectivamente en Setúbal una serie de partidas; que el aceite no fue declarado ante las autoridades aduaneras, pero fue transportado por carretera a Málaga; y que los acusados idearon un sistema de facturación falsa para intentar simular que el aceite procedía de Suiza.

18. Consta que entre los acusados en los procesos españoles («los inculpados en España») figuran dos de los inculpados en Portugal.

19. El auto de remisión afirma que, en sentencia dictada en virtud de recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Tribunal Judicial de Setúbal — Vara Competência Mista (Tribunal Penal de Setúbal) en el proceso portugués, el Supremo Tribunal declaró «que el aceite lampante que se introdujo en Portugal procedía de Túnez en diez ocasiones y una

10 — Sentencia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. 2002, p. I-8375). Véase *infra*, punto 57.

de Turquía, declarándose en Portugal la introducción de una cantidad inferior a la real, absolviendo a los acusados al apreciar la prescripción del delito [en virtud del Código Penal portugués]».

20. He de decir de inmediato que los inculpados en España niegan con vehemencia la exactitud de la descripción de los hechos que hace el órgano jurisdiccional remitente. Me propongo considerar este extremo con mayor detenimiento al examinar el problema de la admisibilidad. [11]

21. En España también se iniciaron procesos penales, concretamente en 1997 en Málaga. El Juzgado de Instrucción dictó un auto de incoación de procedimiento abreviado. Los inculpados en España interpusieron recurso de apelación contra dicho auto ante el órgano jurisdiccional remitente.

22. Los inculpados en España alegaron, en lo fundamental, que los hechos ya habían sido juzgados en Portugal y que, por lo tanto, en virtud del principio de la cosa juzgada, tales actos no podían ser juzgados por segunda vez en España. También sostuvieron que todos los inculpados en España debían beneficiarse por extensión del principio de cosa juzgada en procesos penales, con independencia del hecho de que las resoluciones concretas de los tribunales portugueses sólo afectaran a dos de dichos inculpados en España. Alegaron, por último, que en los procesos penales portugueses no se había acreditado que las mercancías procedieran de fuera de la Comunidad.

23. El Ministerio Fiscal sostuvo que el proceso penal español no versaba sobre la importación ilegal del aceite (extremo ya juzgado en Portugal), sino sobre su posterior venta en España, que se llevó a cabo con independencia de la importación. El Ministerio Fiscal alegó también que el hecho de que no se hubiera probado en Portugal la naturaleza extracomunitaria de las mercancías no era óbice para que otros Estados miembros, en los que las mercancías se vendieron posteriormente, ampliaran la investigación penal a fin de dilucidar si las mercancías procedían de fuera de la Comunidad y habían sido importadas clandestinamente, eludiendo el Arancel Aduanero Común.

24. Los inculpados replicaron que el delito de contrabando es de mera actividad y se consuma por la introducción del género y que la importación se efectúa precisamente para comercializar, no pudiendo juzgarse

11 — Véase *infra*, puntos 29 a 33.

autónomamente dichas conductas, pues están íntimamente ligadas.

25. En vista de lo cual, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales:

«*Con respecto a la cosa juzgada penal,* este Tribunal de Málaga precisa de la interpretación del artículo 54 del [CAAS] sobre:

1) La apreciación de la prescripción de un delito por los Tribunales de un Estado comunitario, ¿es vinculante para los Tribunales del resto de los Estados comunitarios?

2) La absolución de un acusado por un delito, por prescripción, ¿tiene efectos reflejos beneficiosos para los acusados en otro Estado comunitario, cuando los hechos son idénticos?, o, lo que es lo mismo, ¿podría entenderse que la prescripción también favorece a los acusados en otro Estado comunitario en base a hechos idénticos?

3) Si los Tribunales penales de un Estado comunitario declaran que no consta la extracomunitariedad de una mercancía a los efectos de un delito de contrabando, y absuelven, ¿pueden los Tribunales de otro Estado comunitario ampliar la investigación para demostrar que la introducción de la mercancía sin pagar Arancel Aduanero, lo ha sido desde un Estado no comunitario?

Con respecto al concepto de mercancía en libre práctica, este Tribunal de Málaga precisa de la interpretación del artículo 24 del Tratado de la Comunidad Europea sobre:

4) Declarado por un Tribunal penal comunitario que no consta que la mercancía haya sido introducida ilícitamente en territorio comunitario o que ha prescrito el delito de contrabando

   a) ¿Dicha mercancía puede considerarse en libre práctica en el resto del territorio comunitario?

   b) ¿Puede considerarse la comercialización en un tercer Estado comunitario posterior a la importación en el Estado comunitario que absuelve, como una conducta autónoma y por lo tanto punible, o, por el contrario,

una conducta consustancial a la importación?»

26. Han presentados observaciones escritas los inculpados en España, con la excepción de José Hormiga Marrero y Sindicatura Quiebra, así como la Comisión, España, Italia, los Países Bajos y Polonia. En la vista, esas mismas partes, con la excepción de Polonia, y Francia formularon observaciones orales.

Análisis jurídico

Sobre la admisibilidad

27. De conformidad con el artículo 35 UE, España ha declarado que acepta la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de los actos adoptados con arreglo al título VI del Tratado UE. España eligió la opción prevista en el artículo 35 UE, apartado 3, letra a), de manera que tan sólo un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno puede pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial.

28. En la vista, España explicó que, en el contexto del presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 35 UE, apartado 3, letra a), puesto que la resolución que dicte en el recurso de apelación interpuesto por los inculpados, [12] que ha suscitado esta petición de decisión prejudicial, no es susceptible de ulterior recurso judicial ordinario de Derecho interno. Así pues, aplicando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de «órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno», que figura en el artículo 234 CE, ha de considerarse que el tribunal remitente es un órgano jurisdiccional de última instancia a efectos del artículo 35 UE, apartado 3, letra a). Por consiguiente, en principio es admisible la petición de decisión prejudicial.

29. Una cuestión de admisibilidad más delicada podría tener su origen en el modo en que está formulado el auto de remisión. Aunque ninguna de las partes que han presentado observaciones ha sostenido explícitamente que las cuestiones prejudiciales debían declararse inadmisibles por esta razón, algunas de ellas han criticado aspectos fundamentales de las apreciaciones de hecho contenidas en el auto de remisión.

12 — Véase *supra*, punto 21.

30. Los inculpados en España sostienen que la descripción de los antecedentes de hecho efectuada por el órgano jurisdiccional remitente es sencillamente errónea, especialmente al parafrasear los hechos declarados probados por el Tribunal Supremo portugués.

31. Los inculpados transcriben en sus observaciones escritas párrafos de la sentencia de dicho Tribunal Supremo. En la vista se han referido asimismo, de un modo extenso, a la sentencia en primera instancia del Tribunal Penal de Setúbal. Han alegado que, de hecho, ambos tribunales, tras examinar las pruebas presentadas, declararon que el Ministerio Fiscal *no había logrado demostrar* que se hubiera llevado a cabo una importación ilegal, que es exactamente lo contrario de lo que se afirma en el auto de remisión.

32. De un modo similar, la Comisión, y en menor medida el Gobierno neerlandés, consideran en sus observaciones que la hipótesis en que parecen basarse las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta (a saber, que a efectos de un delito de contrabando *no* se habían acreditado la importación ilegal ni la naturaleza extracomunitaria de las mercancías) está en abierta contradicción con los hechos declarados probados en el auto de remisión tal como se han expuesto más arriba. [13]

33. Tras haber examinado las sentencias del Tribunal Penal de Setúbal y del Tribunal Supremo portugués, [14] para mí está claro que el auto de remisión confunde y resume los hechos de un modo que resulta plenamente contrario al texto de las citadas sentencias. Consta en éstas que a los inculpados en Portugal se les imputaron cuatro delitos derivados de una sola serie de hechos, a saber, la importación en dicho país de diferentes tipos de aceites en varias ocasiones. En primera instancia, el Tribunal Penal de Setúbal declaró, mediante autos separados, que dos de esos delitos habían prescrito. Consta que los inculpados en Portugal fueron absueltos en primera instancia de los otros dos delitos imputados porque el Ministerio Fiscal no logró acreditar los hechos necesarios. Ambos tipos de resoluciones fueron confirmados posteriormente por el Tribunal Supremo portugués resolviendo en apelación. Ahora bien, no consta con claridad en autos si las dos absoluciones se produjeron en el marco de un proceso penal *stricto sensu,* o en el marco de un proceso paralelo de Derecho civil en el que esos mismos tribunales examinaron la posible responsabilidad civil de los inculpados. [15]

34. No obstante, no considero que las cuestiones prejudiciales deban declararse

13 — Véase *supra,* puntos 17 a 19.

14 — Ambas sentencias figuran debidamente en los autos del órgano jurisdiccional nacional, remitidos a la Secretaría del Tribunal de Justicia.

15 — Llegados a este punto me veo obligada a aclarar que mi razonamiento se basa en la premisa de que el artículo 54 del CAAS se aplica únicamente en el supuesto de resoluciones dictadas en el marco de procesos penales nacionales y que su aplicación no se extiende a las resoluciones dictadas en el marco de procesos de Derecho civil.

inadmisibles. Según reiterada jurisprudencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional determinar el objeto de las cuestiones que desea plantear al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE. [16] El órgano jurisdiccional nacional manifestó que precisaba asistencia sobre el alcance de determinados aspectos del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS (cuestiones prejudiciales 1, 2 y 3), así como sobre el concepto de mercancías en libre práctica en el sentido del artículo 24 CE (cuestión prejudicial 4). Es obvio que las tres primeras cuestiones prejudiciales son pertinentes, y no cabe excluir categóricamente que una respuesta a la cuarta cuestión también pueda resultar relevante para algún aspecto del proceso penal seguido ante el órgano jurisdiccional remitente.

35. En consecuencia, considero que todas las cuestiones prejudiciales son admisibles y deben recibir respuesta.

Sobre el fondo

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio *non bis in idem*

36. Hasta la fecha, el principio *non bis in idem* formulado en el artículo 54 del CAAS ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia en tres sentencias: Gözütok y Brügge, [17] Miraglia [18] y Van Esbroeck. [19]

37. Además, el Tribunal de Justicia ha interpretado el principio general *non bis in idem* en otros sectores del Derecho comunitario. [20] La aplicación más amplia del principio tuvo lugar en asuntos relacionados con la imposición de sanciones comunitarias en materia de Derecho comunitario sobre la competencia. [21] Para lo que aquí interesa, de tales asuntos los más relevantes son Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión [22] y Cemento. [23]

16 — Véase, entre otras, la sentencia de 5 de febrero de 2004, Schneider (C-380/01, Rec, p. I-1389), apartado 21, y la jurisprudencia allí citada.

17 — Sentencia de 11 de febrero de 2003 (C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345).

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

19 — Sentencia de 9 de marzo de 2006 (C-436/04, Rec. p. I-2333). Por otra parte, el 8 de junio de 2006 el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer pronunció sus conclusiones en el asunto Van Straaten (C-150/05), en donde se examina otro aspecto del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS.

20 — La primera aplicación del principio tuvo lugar en la sentencia de 15 de marzo de 1967, Gutmann/Comisión (18/65 y 35/65, Rec. p. 61), en el contexto de un procedimiento disciplinario en materia de funcionarios de la CE.

21 — Véase, entre otras, la sentencia de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comisión (T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181), apartado 130 y ss., que contiene un resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del principio en este sector del Derecho comunitario.

22 — Citada más arriba en la nota 10.

23 — Sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123) (Cemento).

Jurisprudencia relativa al artículo 54 del CAAS

38. En los asuntos acumulados Gözütok y Brügge, se pidió al Tribunal de Justicia que dilucidara si el principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS resulta aplicable a los procedimientos nacionales que dan lugar a soluciones extrajudiciales en virtud de las cuales el ministerio fiscal, sin necesidad de que intervenga ninguna autoridad judicial, está facultado para ofrecer unilateralmente el archivo de las diligencias penales practicadas si el imputado cumple ciertas condiciones, en particular el pago de multas pecuniarias. En virtud del Derecho penal nacional, la aceptación de tales condiciones extingue definitivamente la acción pública por los mismos hechos.

39. El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión en sentido afirmativo. Declaró que, «cuando la acción pública se extingue definitivamente a resultas de un procedimiento como los controvertidos en los litigios principales, debe considerarse que la persona de que se trate ha sido "juzgada en sentencia firme", en el sentido del artículo 54 del CAAS, por los hechos que se le imputan». [24]

40. El Tribunal de Justicia justificó su conclusión de la siguiente manera.

41. En primer lugar, declaró que «dicho procedimiento [...] *sanciona* el comportamiento ilícito que se atribuye [al imputado]». [25]

42. En segundo lugar, consideró que el hecho de que en dicho procedimiento no intervenga ningún órgano jurisdiccional «no puede desvirtuar esta interpretación, en la medida en que tales aspectos procesales y formales no influyen en modo alguno en los efectos [extintivos] del procedimiento [...] que, al no existir indicación expresa en contrario en el artículo 54 del CAAS, deben considerarse suficientes para que se aplique el principio *ne bis in idem* previsto por dicha disposición». [26]

43. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia declaró que la previa armonización de los Derechos penales nacionales no era un requisito para la aplicación del artículo 54 del CAAS: «Ni las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, [...] ni las del Acuerdo de Schengen o del propio CAAS supeditan la aplicación del artículo 54 del CAAS al requisito de que se armonicen o, cuando menos, se aproximen las legislaciones penales de los Estados

24 — Apartado 30.

25 — Apartado 29 (el subrayado es mío).

26 — Apartado 31.

miembros en el ámbito de los procedimientos de extinción de la acción pública». [27]

44. En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia hizo especial hincapié en el principio de confianza mutua que subyace al artículo 54 del CAAS. Dicho principio «implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente». [28]

45. En quinto lugar, el Tribunal de Justicia consideró que la interpretación adoptada «es la única que hace que el objeto y la finalidad [del artículo 54 del CAAS] prevalezcan sobre los aspectos procesales o meramente formales, por lo demás variables en función de los Estados miembros de que se trate, y que garantiza una aplicación eficaz del mencionado principio». [29]

46. Por último, el Tribunal de Justicia hizo hincapié en los objetivos integradores del Tratado UE. Recordó que «la Unión Europea se impuso como objetivo mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas» y que «la aplicación en el marco de la Unión Europea del acervo de Schengen, del que forma parte el artículo 54 del CAAS, pretende potenciar la integración europea y hacer posible, en particular, que dicha Unión se convierta con más rapidez en el espacio de libertad, seguridad y justicia que tiene por objetivo mantener y desarrollar». [30] En este contexto, «el artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que una persona, al ejercer su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no revistan la forma de una sentencia». [31]

47. He de observar que, al llegar a dicha conclusión, el Tribunal de Justicia puso énfasis en el hecho de que los procedimientos del tipo de los cuestionados tenían limitada aplicación y generalmente se aplicaban tan sólo a infracciones penales que no revestían gravedad. [32] Debo resaltar asimismo que el punto de partida para el análisis del Tribunal de Justicia era que los procedimientos abreviados objeto de consideración *sancionaban* efectivamente el comportamiento ilícito de que se trataba. [33]

27 — Apartado 32.
28 — Apartado 33.
29 — Apartado 35.
30 — Apartados 36 y 37.
31 — Apartado 38.
32 — Apartado 39.
33 — Véase *supra*, punto 41.

48. En el asunto Miraglia, se pidió al Tribunal de Justicia que aclarara un aspecto distinto del artículo 54 del CAAS. El Tribunal de Justicia declaró que «una decisión judicial [...] pronunciada después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos sin que se haya efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo, no puede considerarse una decisión que juzga en firme a esta persona en el sentido del artículo 54 del CAAS». [34] Por consiguiente, no resultaba aplicable el principio *non bis in idem*.

49. El razonamiento del Tribunal de Justicia en el asunto Miraglia era similar al seguido en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge, pero condujo a la conclusión opuesta. Al igual que en la sentencia dictada en dichos asuntos, el Tribunal de Justicia declaró que su interpretación era «la única que hace que el objeto y la finalidad [del artículo 54 del CAAS] prevalezcan sobre los aspectos procesales, por lo demás variables en función de los Estados miembros de que se trate, y que garantiza una aplicación eficaz de ese artículo». [35] No obstante, a diferencia de la sentencia dictada en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge, en la relativa al asunto Miraglia el Tribunal de Justicia dio prioridad a la necesidad de sancionar efectivamente el delito, poniendo un menor énfasis en la defensa de la libre circulación de las personas. Declaró que «la aplicación [del artículo 54 del CAAS] a una decisión, como la controvertida en el asunto principal, por la que se archiva un procedimiento penal, haría *más difícil o incluso ilusoria cualquier posibilidad concreta de sancionar* en los Estados miembros afectados *el comportamiento ilícito* atribuido al imputado». [36] El Tribunal de Justicia resaltó que «las autoridades judiciales de un Estado miembro adoptarían dicha decisión de archivo *sin que existiera apreciación alguna del comportamiento ilícito* atribuido al imputado». [37] Añadió que «la incoación de un procedimiento penal en otro Estado miembro por los mismos hechos se vería obstaculizada a pesar de que estas actuaciones penales son las que justificaron la renuncia al ejercicio de la acción penal por parte del ministerio fiscal del primer Estado miembro. Esta consecuencia sería manifiestamente contraria a la propia finalidad de las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea, tal como se expone en el artículo 2 UE, párrafo primero, cuarto guión, es decir, "mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas *conjuntamente con medidas adecuadas respecto* [...] *[a] la prevención y la lucha contra la delincuencia*"». [38]

50. Por último, en el asunto *Van Esbroeck*, se pidió al Tribunal de Justicia que aclarara, entre otros extremos, el alcance del concepto de «los mismos hechos» que figura en el

34 — Apartado 30.
35 — Apartado 31.
36 — Apartado 33 (el subrayado es mío).
37 — Apartado 34 (el subrayado es mío).
38 — *Ibid.* (el subrayado es mío).

artículo 54 del CAAS. La cuestión se suscitó en el contexto de procedimiento penales incoados contra la misma persona en dos Estados Contratantes diferentes (Noruega y Bélgica) [39] y derivados de los mismos hechos, a saber, el transporte de drogas ilegales de Bélgica a Noruega. El inculpado fue perseguido en Noruega por el delito de *importar* sustancias ilegales y en Bélgica por el delito de *exportarlas*. La cuestión prejudicial estribaba en si «los mismos hechos» requerían únicamente la identidad de los hechos materiales, o si se requería, además, que los hechos fueran considerados el mismo delito en ambos sistemas penales nacionales. En otras palabras, ¿es preciso que exista una «unidad de interés jurídico protegido», tal como exige el Tribunal de Justicia en materia de sanciones comunitarias por infracciones del Derecho comunitario sobre la competencia? [40]

51. El Tribunal de Justicia se inclinó por interpretar el principio *non bis in idem* de un modo más amplio a como lo había hecho previamente en aquel sector del Derecho comunitario, y declaró que «el único criterio pertinente» a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS es el de que debe existir «identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas». [41]

52. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal de Justicia siguió el mismo razonamiento que en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge.

53. En primer lugar, se basó en el tenor literal del artículo 54 del CAAS, que contempla exclusivamente la materialidad de los hechos en cuestión, sin hacer referencia a su calificación jurídica. [42]

54. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se basó en el razonamiento relativo a la «promoción de la libertad de circulación» y a la «confianza mutua», razonamiento seguido en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge. El Tribunal de Justicia recordó que ninguna de las disposiciones pertinentes supedita la aplicación del principio recogido en el artículo 54 del CAAS al requisito de que se armonicen o, cuando menos, se aproximen las legislaciones penales de los Estados miembros. [43] Antes al contrario, el principio *non bis in idem* implica necesaria-

39 — Los términos «Parte Contratante», en lugar de «Estado miembro», se utilizan en el CAAS. El Tribunal de Justicia ha utilizado «Estado miembro» cuando el caso del que conoce afecta a Estados miembros (como en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge y en el asunto Miraglia) y «Partes Contratantes» cuando el caso afecta a una Parte en el Acuerdo de Schengen y en el CAAS que no es un Estado miembro de la UE (como en el asunto Van Esbroeck, en el que estaba involucrada Noruega). Me propongo seguir esta práctica del Tribunal de Justicia.

40 — En el asunto «Cemento», citado en la nota 23, el Tribunal de Justicia declaró que la «unidad de interés jurídico protegido» es uno de los tres requisitos que deben reunirse para la aplicación del principio *non bis in idem* en el Derecho comunitario sobre la competencia. Véanse *infra*, puntos 58 y 155 a 158.

41 — Apartado 36. Es una lástima que, al examinar el asunto Van Esbroeck, ni el Tribunal de Justicia ni el Abogado General tuvieran en cuenta, al parecer, el asunto «Cemento».

42 — Apartado 27.

43 — Apartado 29.

mente que exista una confianza mutua de los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de justicia penal. [44] Por esta razón, la circunstancia de que puedan aplicarse distintas calificaciones jurídicas a los mismos hechos en dos diferentes Partes Contratantes no debe suponer obstáculo alguno para la aplicación del artículo 54 del CAAS.

55. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia, remitiéndose a la finalidad del artículo 54 del CAAS, declaró que el derecho a la libre circulación sólo se garantizaría plenamente si el autor de un acto supiera que, una vez condenado y cumplida su pena, o, en su caso, tras haber sido absuelto definitivamente en un Estado miembro, podría trasladarse libremente dentro del espacio Schengen sin miedo a que se iniciaran contra él nuevos procesos penales debido únicamente a que el hecho en cuestión tuviera una calificación diferente en el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro. [45]

56. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que, debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, «un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido crearía tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes». [46]

44 — Apartado 30.

45 — Apartado 34.

46 — Apartado 35.

Jurisprudencia relativa al principio fundamental *non bis in idem* en el Derecho comunitario sobre la competencia

57. En la sentencia dictada en el asunto Vinyl Maatschappij, el Tribunal de Justicia declaró que el principio *non bis in idem* constituye «un principio fundamental del Derecho comunitario, recogido además en el artículo 4, apartado 1, del Protocolo nº 7 del CEDH». [47] Declaró también que dicho «principio no se opone en sí mismo a que se reinicie un procedimiento que tenga por objeto el mismo comportamiento contrario a la competencia, cuando una primera decisión ha sido anulada por motivos de forma *sin que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos imputados,* de manera que la decisión de anulación *no tiene el valor de una "absolución" en el sentido que se atribuye a dicho término en el ámbito punitivo».* [48]

58. En la sentencia dictada en el asunto «Cemento», el Tribunal de Justicia declaró que la aplicación del principio *non bis in idem* estaba supeditada a un «triple requisito» de «identidad de los hechos, unidad de

47 — Citada en la nota 10, apartado 59. Véase también la sentencia Van Esbroeck, citada en la nota 19, apartado 40.

48 — Apartado 62 (el subrayado es mío). Ni que decir tiene que es perfectamente posible que pueda y deba hacerse una distinción entre a) el concepto de absolución tomado del Derecho penal y aplicado al Derecho de la competencia y b) el concepto de absolución en el propio Derecho penal. En cuanto al Tribunal de Justicia, no parece que haya efectuado explícitamente tal distinción. El presente caso no versa tanto sobre la anulación procesal de una decisión ya adoptada, cuanto sobre la prescripción de ulteriores acciones penales.

infractor y unidad de interés jurídico protegido».[49]

Fricciones en la jurisprudencia actual

59. El examen de estos asuntos revela dos zonas de fricción en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio *non bis in idem*.

60. En primer lugar, existe cierta contradicción *en el ámbito* de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 54 del CAAS.

61. En la sentencia dictada en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge y en la recaída en el asunto Van Esbroeck el Tribunal de Justicia parece inclinarse por una interpretación amplia del artículo 54 del CAAS, otorgando al objetivo de la libre circulación de las personas prioridad sobre los objetivos relacionados con la represión del delito y la protección de la seguridad pública. En el asunto Miragli, en cambio, el Tribunal de Justicia aplicó una interpretación más estricta y atribuyó a la prevención y a la lucha contra la delincuencia prioridad sobre la libre circulación de las personas.

62. Más aún, en la sentencia dictada en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge y en la recaída en el asunto Van Esbroeck el Tribunal de Justicia hizo hincapié en el principio de la «confianza mutua» que subyace al artículo 54 del CAAS y consideró que la inexistencia de armonización de los Códigos y procedimientos penales nacionales no suponía obstáculo alguno para la aplicación del principio *non bis in idem*. En consecuencia, en la sentencia dictada en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge aplicó dicho principio a un procedimiento específico cuyo resultado suponía excluir toda acción penal ulterior en el «primer» Estado miembro. En el asunto Miraglia, en cambio, el Tribunal de Justicia declaró que la existencia de una resolución sobre el fondo constituía un requisito para la aplicación del principio recogido en el artículo 54 del CAAS. Por lo tanto, la sentencia dictada en el asunto Miraglia sugiere que el sobreseimiento de un asunto por motivos meramente procesales en el «primer» Estado miembro no será normalmente suficiente para justificar la ampliación del artículo 54 del CAAS.

63. En segundo lugar, existe incoherencia *entre* la jurisprudencia relativa al artículo 54 del CAAS, que no exige (al parecer) la «unidad de interés jurídico protegido» sino que se contenta con aplicar el principio *non bis in idem* siempre que exista «identidad de los hechos materiales» [50] y que los acusados

49 — Sentencia «Cemento», citada en la nota 23, apartado 338. A partir de ese momento, el Tribunal de Primera Instancia ha aplicado reiteradamente el «triple requisito» en aquellos asuntos de los que hubo de conocer en materia de Derecho de la competencia en los que se había invocado el principio *non bis in idem*. Véase, por ejemplo, el asunto Tokai Carbon, citado en la nota 21, apartados 130 y siguientes, o, más recientemente, la sentencia de 25 de octubre de 2005, Danone/Comisión (T-38/02, Rec. p. II-4407), apartado 134 y siguientes.

50 — Sentencia Van Esbroeck, citada en la nota 19.

ante ambos tribunales sean los mismos, [51] y la jurisprudencia relativa al principio *non bis in idem* como «principio fundamental del Derecho comunitario», que exige, para que dicho principio sea aplicable, un «triple requisito» de «identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. [52]

La primera cuestión prejudicial

64. Mediante la primera cuestión se pide que se dilucide si el principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación en la que un tribunal competente del «primer» Estado miembro ha dictado una resolución con fuerza de cosa juzgada que impide el ulterior procesamiento de determinados individuos debido a que se ha producido la prescripción de la acción penal en virtud del Derecho penal de ese Estado miembro.

Observaciones preliminares

65. Antes de contestar a la primera cuestión prejudicial, creo necesario formular una serie de observaciones preliminares.

Plazos de prescripción

66. En la mayor parte de los sistemas jurídicos continentales el ejercicio de la acción penal pública está sujeto a determinados plazos. Trascurridos tales plazos, la acción penal prescribe por aplicación de la legislación pertinente. Cuando un tribunal competente declara en última instancia que la acción penal ha prescrito, se produce el efecto de cosa juzgada. En ese Estado miembro ya no es posible incoar diligencias penales contra el infractor de que se trate por los mismos hechos.

67. Los plazos de prescripción se establecen en función de la gravedad de la infracción penal. Existen, sin embargo, notables diferencias entre los Estados miembros en cuanto a los plazos de prescripción que establecen para delitos que son en gran medida similares. [53]

68. En cambio, en los sistemas jurídicos inglés, escocés e irlandés las acciones penales

51 — Véase la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, *infra*, puntos 121 a 124.

52 — Sentencia «Cemento», citada en la nota 23.

53 — Y así, por ejemplo, en Francia el plazo de prescripción es de diez años para los delitos graves («crimes»), de cinco años para los delitos menos graves («délits») y de sólo un año para las faltas («contraventions»). En España, en función de la gravedad de la pena que corresponda aplicar, los delitos prescriben a los veinte, quince, diez, cinco o tres años.

no están sujetas, como regla general, a plazos de prescripción. [54]

69. Por lo tanto, no existe un reconocimiento universal de la prescripción como principio general común a los sistemas de Derecho penal de todos los Estados miembros.

70. Se aducen diversas razones para justificar la prescripción del *ius puniendi* del Estado Por ejemplo, se argumenta que, una vez que ha transcurrido un determinado número de años, es preferible, en aras de la paz social, dejar al pasado tranquilo, en lugar de revivir la inquietud social generada por el delito de que se trate. El hecho de que el Estado incurra en negligencia y no conduzca al infractor ante los tribunales dentro del plazo establecido, puede justificar que la sociedad pierda su derecho a castigar a los individuos involucrados. Por último, desde un punto de vista práctico, cuanto más tiempo haya transcurrido desde el delito cometido, más difícil resultará obtener pruebas fiables y sustanciar un proceso con todas las garantías.

54 — Existen algunas excepciones. Por ejemplo, hasta su derogación por la Sexual Offences Act (Ley de delitos sexuales) de 2003, se aplicaba un plazo de prescripción de doce meses a las acciones penales por el delito de mantener relaciones sexuales con niñas de menos de dieciséis años de edad (para un análisis de aquel plazo de prescripción, véase la sentencia de la House of Lords en el asunto Regina v J (Appellant) [2004] UKHL 42). Es obvio que el hecho de que no existan con carácter general plazos de prescripción no excluye la posibilidad de aplicar principios tales como el uso abusivo del proceso, que pueden limitar en determinadas circunstancias la facultad del ministerio fiscal para ejercitar acciones, llegándose de este modo en la práctica al mismo resultado siguiendo un enfoque intelectual diferente.

71. Todas as razones expuestas están relacionadas con la administración efectiva de la justicia penal y, de un modo más general, con consideraciones de interés público. [55]

Razones en que se fundamenta el principio *non bis in idem*

72. Distintas son, en cambio, las razones en que se fundamenta el principio *non bis in idem.* El referido principio, cuyo origen en los sistemas jurídicos occidentales se remonta a la antigüedad clásica, [56] es consi-

55 — Para un examen crítico del principio de que se trata y de las razones en que se fundamenta, véase, con carácter general, A. Merle y A. Vitu, *Traité de Droit Criminel, Tome II, Procédure Pénale*, 4ª edición, 1979, apartados 46 y siguientes, y la biografía allí citada.

56 — En efecto, pueden encontrarse referencias a este principio en tiempos muy antiguos, como los del propio Demóstenes, quien afirma que «las leyes prohíben que un mismo hombre sea juzgado dos veces por el mismo motivo» («Discurso contra Leptines» [355 a.C.] *Demóstenes I*, traducido al inglés por J.H. Vince, Harvard University Press, 1962), así como en el Derecho romano, en donde aparece en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano (Dig.48.2.7.2 y Cj.9.2.9pr: 529-534 d.C.). En la *common law*, el primer enunciado de un principio equivalente del que exista constancia se remonta a la controversia entre el arzobispo Thomas Becket y Enrique II, que tuvo lugar en el siglo XII. Becket argumentó que los clérigos condenados por los tribunales eclesiásticos quedaban eximidos de la imposición de otras penas por los tribunales regios, puesto que esas otras penas seculares violarían la prohibición de la doble pena que establecía el Derecho canónico (basada a su vez en el comentario de San Jerónimo [391 a.C.]: «Puesto que Dios no juzga dos veces por el mismo pecado»). Los tribunales regios, influidos posiblemente por la veneración popular (y posterior canonización) de Becket tras su asesinato por caballeros del Rey en la catedral de Canterbury y por el posterior arrepentimiento público de Enrique II ante la tumba de Becket, comenzaron a aplicar aquella máxima como un principio del Derecho. Sobre la historia del principio, puede verse, con carácter general, J.A. Sigler, «A History of Double Jeopardy» (1963) 7 *Am J of Legal History* 283. Sobre la historia del principio en el Derecho inglés, véase también M. Friedland, *Double Jeopardy*, 1969, OUP, pp. 5 a 15, y P. McDermott, *Res Judicata and Double Jeopardy*, Butterworths, 1999, pp. 199 a 201.

derado principalmente (aunque no exclusivamente) [57] como un medio para proteger al individuo frente a la posibilidad de que el Estado abuse del *ius puniendi* que le corresponde. [58] Debe impedirse que el Estado pueda intentar varias veces condenar a un individuo por un supuesto delito. Una vez que se ha seguido un proceso, con todas las adecuadas garantías procesales, y que se ha enjuiciado la cuestión de la posible deuda del individuo para con la sociedad, el Estado no debe someterlo a los rigores de un nuevo proceso (es decir, someterlo a «double jeopardy» [«riesgo de doble condena penal»], [59] tal como lo describen los sistemas jurídicos inglés y norteamericano). Según lo expresa con concisión Black J, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, «la idea subyacente [...] es que debe impedirse que el Estado, con todos sus recursos y todo su poder, pueda intentar varias veces condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndole de ese modo a dificultades, gastos y rigores excesivos, obligándole a vivir en un permanente estado de ansiedad y de inseguridad, y aumentando las posibilidades de que, pese a ser inocente, sea declarado culpable». [60]

73. Así pues, el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos ha evolucionado hasta convertirse en el derecho humano fundamental a la protección frente al *ius puniendi* del Estado, y ha sido codificado en varios convenios internacionales. [61]

74. Si bien las expuestas son las razones que fundamentan el principio *non bis in idem,* dicho principio presupone, no obstante, que la sociedad haya tenido ya plenas oportunidades de ajustar cuentas con el individuo de quien sospecha que ha cometido un delito contra ella.

75. Según un punto de vista, lo anterior únicamente puede ocurrir si se ha sustanciado un proceso que entre en el fondo del asunto y si la conducta del inculpado ha sido examinada por quienes representan legítimamente a la sociedad. Tal punto de vista viene corroborado por el tenor literal del

57 — Tal como ha aducido España en sus observaciones, otra de las finalidades del principio es incitar a las fuerzas de policía y al ministerio fiscal a preparar los asuntos y llevar a cabo las diligencias con la mayor eficacia posible. A este respecto, véase W.P.J. Wils, «The principle of *ne bis in idem* in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis», (2003) World Competition 26(2), p. 131, en particular p. 138. El principio de la finalidad de los procesos penales también subyace al principio *non bis in idem.* Sin embargo, el valor de la finalidad está relacionado estrechamente con la principal razón de ser del principio, a saber, la protección del individuo frente al *ius puniendi* del Estado. Sobre este punto, véase asimismo el Law Commission's Report *Double Jeopardy and Prosecution Appeals* (Marzo de 2001), disponible en www.lawcom.gov.uk, pp. 37 y 38.

58 — Para un análisis de las razones en que se fundamenta el principio *non bis in idem,* tanto en la tradición del *common law* como en la de los Derechos continentales, véase Friedland, citado en la nota 56, pp. 3 a 5; McDermott, citado en la nota 56, capítulos 21 y 22. Puede encontrarse un detallado análisis reciente en Law Commission's Report de marzo de 2001, citado en la nota 57.

59 — Así se describe este concepto, por ejemplo, en la Quinta Enmienda a la Constitución de los EE.UU., donde se declara que «no person shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb» («no se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito»).

60 — En *Green* v *United States* (1957) 355 U.S. 184, pp. 187 y 188, citado por Friedland, en la nota 56, p. 4.

61 — Véase *supra,* punto 13 y correspondientes notas a pie de página.

artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7 anejo al CEDH, que dispone que el principio en cuestión 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. [62] En otras palabras, la sociedad normalmente tiene una sola oportunidad para juzgar al inculpado, pero (excepcionalmente) puede «tener una segunda oportunidad» con posterioridad a una absolución inicial en dos supuestos: a) cuando aparezca material nuevo (que revista importancia) o b) cuando la conducta del inculpado no hubiera sido adecuadamente valorada en el transcurso del primer proceso penal. En el contexto de la UE, es justo reconocer que el artículo 4 del Protocolo nº 7 constituye la más elevada expresión jurídica del principio *non bis in idem* como derecho humano fundamental.

76. El punto de vista alternativo consiste en que la propia oportunidad única que tiene la sociedad de ajustar cuentas con el inculpado se encuentra confinada dentro del plazo que la sociedad se impone a sí misma para ejercitar la pretensión punitiva; y en que carece de importancia que –por esa precisa razón– no llegue a sustanciarse un proceso «que entre en el fondo del asunto». Aunque respeto la coherencia intelectual de este enfoque, me parece que es probable que suscite considerable inquietud en el ámbito multinacional y plurisocial del CAAS. En el contexto de una única «sociedad», es ciertamente razonable sostener que la propia sociedad ha renunciado a la oportunidad de ajustar las cuentas con el infractor una vez transcurridos x años. Ese mismo argumento parece menos razonable cuando se aplica en el ámbito de 17 sociedades, a saber, los 13 Estados miembros que han aplicado plenamente hasta la fecha el acervo de Schengen, a los que hay que añadir Islandia y Noruega, como Partes Contratantes en el CAAS, y el Reino Unido [63] e Irlanda, [64] en lo que atañe, entre otros, a los artículos 54 a 58 del CAAS. [65]

77. Me parece, pues, que el núcleo jurisprudencial del asunto presente estriba en si una resolución por la que se declara el sobreseimiento en un proceso penal por motivos de prescripción de la acción penal supone que se ha situado a la persona afectada «en riesgo de condena penal» a efectos del artículo 54 del CAAS, atribuyéndole de este modo el derecho fundamental a

62 — Los sistemas jurídicos de la mayor parte de los Estados miembros aplican excepciones similares.

63 — Artículo 1 de la Decisión 2000/365/CE del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (DO L 131, p. 43), y Decisión 2004/926/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, sobre la ejecución de partes del acervo de Schengen por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 395, p. 70).

64 — Artículo 1 de la Decisión 2002/192/CE del Consejo, de 28 de febrero de 2002, sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (DO L 64, p. 20). No obstante, aún es preciso que una segunda Decisión del Consejo disponga la aplicación de las normas pertinentes.

65 — Una vez que Suiza y los Estados que se adhirieron a la UE en 2004 hayan aplicado en su integridad el acervo de Schengen, aumentarán obviamente las divergencias entre los enfoques sobre el Derecho penal. Véase *infra*, puntos 108 a 114.

no ser juzgada dos veces (*non bis in idem*). Tal como explicaré más adelante, opino que ese no es el caso, *salvo que* dicha resolución sea el resultado de un procedimiento en el que se haya examinado el fondo del asunto. Tan sólo entonces se habrá encontrado realmente «en riesgo de condena penal» la persona de que se trate, hasta el punto de tener derecho a invocar el artículo 54 del CAAS. [66]

Alcance del principio *non bis in idem*

78. Aun cuando la razones en que se fundamenta el principio *non bis in idem* gozan de reconocimiento general, y aunque generalmente se encuentre (como cabía esperar) alguna variante de dicho principio en los sistemas jurídicos de los Estados Contratantes del CAAS y, desde luego, en la mayor parte de los sistemas jurídicos desarrollados, tras un breve examen comparativo resulta evidente que no existe verdaderamente una única definición común de lo que dicho principio significa concretamente, de cuál es su alcancepreciso, de cuándo debe aplicarse exactamente, y así sucesivamente. [67]

79. En el contexto de la UE, la inexistencia de un enfoque común subyacente ha sido puesta en evidencia por el hecho de que las diversas medidas e iniciativas legislativas adoptadas por las instituciones comunitarias y los Estados miembros en virtud del título VI del Tratado UE no hayan logrado definir el alcance del principio recogido en el artículo 54 del CAAS. [68]

66 — Véase *infra*, puntos 92 a 96. En sus conclusiones en el asunto Van Straaten, citado en la nota 19, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer también sugiere que el principio *non bis in idem* es aplicable siempre que la absolución haya sido el resultado de un análisis sobre el fondo (puntos 65 y 67). El Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales [COM(2005) 696 final] de la Comisión, se plantea la misma cuestión en las pp. 54 a 56.

67 — Incluso la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta contradictoria en lo relativo al alcance exacto del principio formulado en el artículo 4, apartado 1, del Protocolo nº 7, especialmente en cuanto a si se requiere únicamente la identidad de los hechos materiales o también se requiere la identidad del interés jurídico protegido. Sobre este punto, véase el voto particular del Juez Repki en el asunto Oliveira v Suiza, nº 25711/94, sentencia de 30 de julio de 1998, *ECHR Reports of Judgments and Decisions* 1998-V. En lo relativo a las dificultades para la aplicación del principio en un contexto transnacional, véase, con carácter general, Vervaele, citado en la nota 9, así como C. Van den Wyngaert y G. Stessens, «The international *non bis in idem* principle: resolving the unanswered questions», 1999, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, p. 779. El Libro Verde de la Comisión, citado en la nota 67, trata con gran detenimiento sobre las dificultades derivadas de la aplicación del principio *non bis idem* en el contexto de la UE.

68 — En efecto, el Convenio relativo al riesgo de doble condena penal de 1987, citado en la nota 8, no llegó a entrar en vigor debido al insuficiente número de ratificaciones. Más recientemente, en 1999, el Consejo Europeo de Tampere pidió al Consejo y a la Comisión que adoptaran, para diciembre de 2000, un programa de medidas destinado a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y penal. Dicho programa propuso 24 medidas, definidas con vaguedad y clasificadas por orden de prioridad. En lo que atañe al principio *non bis in idem*, no se han llevado a la práctica las medidas propuestas. En 2003, siguiendo la estela de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge, la Presidencia griega propuso una Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *non bis in idem* (DO 2003, C 100, p. 24). Su objetivo era proporcionar a los Estados miembros normas jurídicas comunes relativas al principio *non bis in idem*, con objeto de garantizar la uniformidad tanto en la interpretación de dichas normas como en su aplicación práctica. Hasta la fecha, los Estados miembros no han aprobado todavía la Decisión marco del Consejo.

El principio *non bis in idem* como principio *propriae naturae* en el Derecho comunitario

80. En consecuencia, a efectos del Derecho de la UE, me parece prácticamente inevitable llegar a la conclusión de que el concepto *non bis in idem* (que, tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario) debe entenderse como un principio autónomo, o *propriae naturae.* Por lo tanto, a falta de otras iniciativas mediante la modificación del Tratado o la adopción de normas de Derecho comunitario derivado, incumbe al Tribunal de Justicia redefinir y desarrollar dicho concepto, en el ejercicio de su «monopolio interpretativo» de los conceptos clave del Derecho de la UE. [69] La aplicación específica del principio en sectores determinados (trátese del Derecho sobre la competencia o de la aplicación relacionada con el artículo 54 del CAAS) debe integrarse en el entendimiento cabal de lo que dicho principio significa (o debiera significar) dentro del ordenamiento jurídico comunitario.

81. Me atrevo a sugerir que la tesis de que el principio *non bis in idem* debe entenderse como un principio autónomo en el contexto de la UE no es excesivamente aventurada. La UE constituye un nuevo ordenamiento jurídico [70] y el proceso de integración europea supone una construcción internacional única. El artículo 54 del CAAS, por su parte, representa uno de los primeros intentos de aplicar el principio *non bis in idem* de manera multilateral en un contexto transnacional que se han visto coronados por el éxito. [71] Resulta lógico, pues, que la definición del principio deba ser *propriae naturae,* adaptada a las particulares características del contexto supranacional en el que ha de aplicarse.

El equilibrio entre la libre circulación de las personas y las exigencias de combatir la delincuencia y garantizar un elevado nivel de seguridad dentro de «un espacio de libertad, seguridad y justicia»

69 — Formulación que utilizó el difunto Juez Mancini en «The free movement of workers in the case-law of the ECJ», en *Constitutional Adjudication in EC and National Law,* D. Curtin, y D. O'Keefe (eds.), 1992, Butterworths, p. 67. Desde el primer momento, el Tribunal de Justicia ha venido elaborando una definición comunitaria de conceptos clave del Tratado CE. Véase, por ejemplo, la jurisprudencia relativa a la definición de «trabajador» o a la de «empleo» (que aparecen por primera vez, respectivamente, en sentencias dictadas en 1964, Unger, esposa de Hoekstra, 75/63, Rec. p. 177 y ss., especialmente p. 184, y en 1982, Levin, 53/81, Rec. p. 1035, apartado 11). En la actualidad, constituye jurisprudencia reiterada que «de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate» (véase, entre otras, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 35, y la jurisprudencia allí citada).

70 — Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos (26/62, Rec. p. 3), apartado 12.

71 — Los convenios internacionales que regulan la aplicación del principio en un contexto transnacional han tenido notoriamente poco éxito a la hora de lograr su ratificación. Véase la nota 9.

82. Por último, es necesario situar la presente discusión en el contexto más amplio del adecuado equilibrio que debe articularse entre dos nociones igualmente fundamentales e importantes: la libre circulación de las personas, por un lado, y la lucha efectiva contra la delincuencia y la consecución de un alto grado de seguridad dentro de «un espacio de libertad, seguridad y justicia», por otro.

83. En este punto cabe recordar que, a tenor del artículo 29 UE (primer precepto del título VI, «Disposiciones relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal», que constituyen la base de los artículos 54 a 58 del CAAS), «[...] el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial». Así pues, si garantizar la libre circulación de las personas es importante, no lo es menos la consecución de un «alto grado de seguridad». De un modo similar, el artículo 2 UE atribuye la misma importancia a garantizar la libre circulación de las personas que a la prevención y a la lucha contra la delincuencia. [72]

84. Considero, en definitiva, que si bien la libre circulación de las personas es indudablemente importante, no tiene carácter absoluto. [73] El objetivo que persigue el CAAS es lograr la libre circulación *dentro de* un espacio de libertad, seguridad y justicia. Forma parte de dicho proceso encontrar una definición *propriae naturae* del principio *non bis in idem* que haga posible los derechos a la libre circulación *dentro de* un espacio de libertad, seguridad y justicia caracterizado por un alto grado de seguridad. Era necesario (obviamente) incluir una disposición que incorporara el principio *non bis in idem* al CAAS, ya que la omisión de un concepto tan fundamental habría supuesto una grave laguna. Al mismo tiempo, el referido principio no debe distorsionarse de una manera desproporcionada. En otras palabras: debe atribuirse un alcance adecuado al principio *non bis in idem*, pero no un alcance ilimitado.

Respuesta que debe darse a la primera cuestión prejudicial

85. A la hora de responder a la primera cuestión planteada, el Tribunal de Justicia se encuentra en la difícil tesitura de tener que elegir entre declarar que la prescripción por motivos procesales (cuya aplicación no requiere, en principio, examinar el fondo del asunto en el procedimiento penal

72 — Así se ha reconocido expresamente en la sentencia dictada en el asunto Miraglia, véase *supra*, punto 49.

73 — Desde luego, no reviste carácter absoluto en los términos tradicionales del Tratado CE. Los artículos 39 CE, apartado 3 (trabajadores), 46 CE (establecimiento) y 55 CE (servicios) autorizan todos ellos excepciones al principio de libre circulación de las personas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Estas excepciones han sido ampliadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de «razones imperativas». Véanse *infra*, puntos 110 a 112.

incoado contra el inculpado) es suficiente para justificar la aplicación del principio *non bis in idem*, o declarar que, para que este principio se aplique, es necesario que, en el contexto del primer procedimiento, se haya efectuado algún examen sobre el fondo (y, en este último caso, cuál debe ser la intensidad de tal examen). Por razones de conveniencia, calificaré a la primera opción de «criterio basado en el aspecto procesal» y a la segunda de «criterio basado en el examen del fondo del asunto».

86. La posición de las partes puede resumirse brevemente de la siguiente manera.

87. Los inculpados en España defienden en lo esencial el criterio basado en el aspecto procesal.

88. En cambio, todos los Estados miembros que han presentado observaciones adoptan el criterio basado en el examen del fondo del asunto. España, los Países Bajos, Polonia y Francia alegan, en lo fundamental, que el artículo 54 del CAAS únicamente resulta aplicable cuando el tribunal competente, mediante resolución firme, examina el fondo del asunto y se pronuncia sobre la responsabilidad criminal del acusado. No sucede así cuando se acuerda el sobreseimiento libre en un procedimiento penal por el único motivo de que el delito ha prescrito. De un modo similar, Italia argumenta que el artículo 54 del CAAS únicamente resulta aplicable cuando la decisión de acordar el sobreseimiento libre porque el delito ha prescrito es el resultado de un proceso en el que se ha examinado el fondo del asunto y la responsabilidad criminal del acusado.

89. La Comisión adopta el criterio basado en el aspecto procesal, en función exclusivamente de consideraciones de orden práctico. Estima que, en función de circunstancias de ámbito nacional, las «absoluciones» por motivos procesales pueden implicar un examen sobre el fondo o no hacerlo. A fin de evitar las dificultades con las que pueden encontrarse los tribunales nacionales si se ven obligados a dilucidar si una resolución anterior de otro tribunal ha implicado de hecho tal examen, la Comisión propone que, como regla general, cualquier resolución definitiva que excluya futuros procedimientos penales por los mismos hechos en un Estado miembro debe considerarse una sentencia firme a efectos del artículo 54 del CAAS.

90. Estoy de acuerdo con la Comisión hasta el siguiente punto: es verdad que parece que los procedimientos nacionales que culminan con resoluciones que suponen aplicar la prescripción pueden implicar o no un examen sobre fondo del asunto (en función precisamente de cómo, cuándo y quién alegue la prescripción).[74] A mi juicio, sin

74 — Véase la nota 78.

embargo, el sobreseimiento en procesos penales por aplicación de la prescripción sin ningún examen sobre el fondo no debe estar cubierto por el principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS.

91. En el siguiente epígrafe expongo las razones que me asisten para considerar que el criterio basado en el examen del fondo del asunto constituye una mejor interpretación del artículo 54 del CAAS. Posteriormente analizo una serie de objeciones a dicho criterio formuladas por los defensores del punto de vista basado en el aspecto procesal.

Argumentos a favor del criterio basado en el examen del fondo del asunto para la aplicación del principio *non bis in idem*

92. En primer lugar, el criterio basado en el examen del fondo del asunto corresponde más fielmente a las razones en que se fundamenta el principio *non bis in idem*. Con arreglo a dicho principio, el Estado tiene una sola oportunidad de examinar la supuesta conducta delictiva de un individuo y dictar la correspondiente sentencia. Tan sólo cuando se ha realizado un examen *sobre el fondo* del asunto es razonable afirmar que la persona en cuestión ha estado en situación de «riesgo de condena penal» y que, salvo en circunstancias excepcionales, no debe llevarse a cabo un segundo examen *(«non bis»)* de los mismos hechos *(«in idem»)*.

93. En cambio, como ya he indicado, las razones en que se fundamenta la prescripción son distintas. La sociedad no emite un juicio sobre el acusado, sino sobre la importancia que la misma sociedad atribuye a un delito considerado objetivamente [75] –juicio que varía enormemente de un Estado a otro– y, por lo tanto, sobre cuál es la duración adecuada del *ius puniendi* del Estado.

94. Recuérdese que nos encontramos en un contexto supranacional en el que no existe una definición común del alcance del principio en cuestión y que tampoco existe una autoridad externa con competencia directa. [76] En tal contexto, creo que, a efectos del principio *non bis in idem*, pueden y deben atribuirse diferentes significados al a) «sobreseimiento libre en un proceso penal» debido a la prescripción del delito y a la b) imposibilidad de ulteriores procesos penales por los mismos hechos con posterioridad a la «absolución definitiva» de un individuo tras la sustanciación de un proceso completo. Ello es así aunque, en un contexto exclusivamente nacional, ambos procedi-

75 — De este modo, por ejemplo, el delito de genocidio no prescribe en ningún caso en varios de los Estados miembros que aplican plazos de prescripción a los restantes delitos.

76 — Desgraciadamente el alcance del artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se circunscribe explícitamente a un contexto nacional (a saber, el de cada Estado signatario del Protocolo): véase el informe explicativo del Protocolo nº 7, apartado 27. Por esta razón, ni el propio texto de dicho artículo ni la interpretación que de él ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resultan útiles, en definitiva, como guía para la interpretación genuina del artículo 54 del CAAS. Lo mismo sucede con el artículo 14, apartado 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que también está destinado a aplicarse en el contexto interno de cada Estado signatario individual.

mientos puedan tener el mismo resultado (a saber, excluir futuros procesos penales contra la misma persona por los mismos hechos).

95. A efectos de la aplicación del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS, me parece un requisito indispensable la sustanciación de un proceso en el que un tribunal penal haya entrado en el fondo, examinando la conducta del acusado y valorándola con arreglo a Derecho.[77] Así sucede, obviamente, cuando se emite un fallo definitivo sobre el fondo del asunto. Yo no llegaría, sin embargo, hasta el extremo de considerar que, para la aplicación del principio, resulte necesario un fallo que declare formalmente la culpabilidad o la inocencia («guilty» o «not guilty»). Ello supondría, en mi opinión, supeditar indebidamente la aplicación del artículo 54 del CAAS a requisitos excesivamente rigurosos y reducir en un grado inaceptable su relevancia práctica.

96. Por lo tanto, me atrevo a sugerir que un inculpado también podrá invocar el principio *non bis in idem* cuando se haya encontrado de hecho en una situación de riesgo de condena penal pero su caso haya acabado en sobreseimiento debido a la prescripción de la acción penal.[78] En mi opinión, el inculpado se habrá encontrado ciertamente en una situación de riesgo de condena penal cuando el proceso penal nacional haya supuesto algún examen significativo del fondo del asunto.[79] Así pues, deberá tener derecho entonces a ampararse en el principio *non bis in idem* y deberá excluirse, en virtud del artículo 54 del CAAS, todo tipo de diligencias penales ulteriores en otro Estado miembro contra el mismo acusado por los mismos hechos.[80] Lo anterior concuerda con las razones en que se fundamenta el principio *non bis in idem*. De ello se deduce que, cuando la decisión de que la acción penal ha prescrito *sea anterior* a toda consideración

77 — El caso de autos versa sobre resoluciones *de un tribunal* y, por lo tanto, el presente análisis se enmarca en esos términos. En la sentencia dictada en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge, la sociedad también tuvo la oportunidad, y la aprovechó, de arreglar cuentas con los acusados (aunque en aquellos asuntos mediante propuestas, efectuadas por el ministerio fiscal antes del proceso y aceptadas por ambos acusados, que implicaban la admisión de la culpabilidad y la aceptación de penas inferiores a las que les habrían correspondido si se hubiera sustanciado un proceso completo). Esta parte del análisis no depende de la intervención formal de un tribunal.

78 — Un breve examen del Derecho comparado muestra que, aun cuando la cuestión de si la acción penal ha prescrito la suele resolver de oficio el tribunal competente en el momento de iniciarse el proceso (en el supuesto, como es lógico, de que el ministerio fiscal no se haya dado cuenta de la prescripción antes de ejercitar la acción penal contra el acusado), cualquiera de las partes puede plantear dicha cuestión en cualquier fase del proceso penal, incluso con posterioridad al juicio oral y a la presentación de las pruebas. Creo que en este último supuesto se entra en el fondo del asunto, aunque de hecho no haya habido una sentencia formal sobre el fondo. Es obvio que el Estado habrá sometido al riesgo de condena penal a un acusado que se haya visto sometido a un proceso penal hasta ese momento. Por consiguiente, deberá aplicarse el principio *non bis in idem*.

79 — Soy consciente de que lo que eso significa en la práctica puede variar de un Estado miembro a otro; y también de que el tribunal nacional del «segundo» Estado miembro puede verse obligado a realizar investigaciones adicionales. No obstante, tal como me propongo examinar más adelante en los puntos 117 y 118, es posible reducir las mencionadas dificultades prácticas acudiendo a los mecanismos existentes en materia de cooperación entre tribunales penales nacionales. También puede ocurrir que el propio Derecho penal nacional defina el momento en que el inculpado está en situación de «riesgo de condena penal». En este caso se encuentra, por ejemplo, EE.UU., país donde, en los procesos en los que interviene un jurado, el riesgo de condena penal surge en el momento en que el jurado es elegido y presta juramento. Se considera que este criterio forma parte del núcleo del principio relativo al riesgo de doble condena penal formulado en la Quinta Enmienda. Veáse la sentencia dictada en el asunto *Crist* v *Bretz* (1978) 437 U.S. 28. Para un examen de dicha cuestión en el contexto de los sistemas de *common law*, véase Friedland, citado en la nota 56, capítulos 2 y 3.

80 — Circunscribo deliberadamente mi análisis en el caso presente a la cuestión de la prescripción. Sin entrar ahora en consideraciones detalladas sobre la hipótesis que el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer evoca en el punto 65 de sus conclusiones en el asunto Van Straaten (citadas en la nota 19), no comparto su opinión de que todos los ejemplos que pone implican un examen sobre el fondo y atribuyen, por tanto, al acusado la facultad de invocar el principio *non bis in idem*.

sobre el fondo, tal decisión, aun cuando implique en esa medida el sobreseimiento libre en un proceso penal, deberá considerarse un sobreseimiento que ha de quedar excluido del alcance del principio *non bis in idem*. [81]

97. En segundo lugar, creo que el criterio basado en el examen del fondo del asunto articula un equilibrio más adecuado entre los dos objetivos a cuya consecución se aspira, a saber, promover la libre circulación de las personas, por un lado, y garantizar que los derechos a la libertad de circulación se ejerciten dentro de «un espacio de libertad, seguridad y justicia» caracterizado por un algo grado de seguridad, en el que el delito esté efectivamente bajo control, por otro lado. Tal como ya indiqué anteriormente, [82] ni el artículo 2 UE ni el artículo 29 UE atribuyen a la libre circulación de las personas prioridad sobre la prevención y la lucha contra la delincuencia y la consecución de un alto grado de seguridad. Más aun, en la sentencia dictada en el asunto Miraglia el Tribunal de Justicia dio prioridad al último objetivo sobre el primero. Mi conclusión es que, si se quiere alcanzar el necesario equilibrio entre esos dos objetivos, ambos igualmente fundamentales, ha de excluirse que pueda beneficiarse de la aplicación del artículo 54 del CAAS una persona contra la que se siga en un Estado miembro un proceso penal que culmine con el sobreseimiento debido a la prescripción de la acción penal *sin* que se haya examinado el fondo del asunto.

98. En tercer lugar, estimo que el criterio basado en el examen del fondo del asunto no sólo constituye una aplicación lógica de la esencia del principio *non bis in idem,* sino que hasta la fecha se ha visto confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

99. De los asuntos que versaron sobre el artículo 54 del CAAS, en el asunto Miraglia el Tribunal de Justicia declaró que, para la aplicación del principio *non bis in idem,* resultaba necesario un examen sobre el fondo. En el asunto Van Esbroeck y en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge, respectivamente, o bien los inculpados ya habían sido sometidos a un proceso formal y cumplido una parte de la sentencia dictada, o bien habían reconocido efectivamente su culpabilidad en un momento anterior al proceso. Así pues, en el asunto Van Esbroeck y en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge los inculpados ya habían sido castigados por los delitos en cuestión. Por consiguiente, en los tres asuntos mencionados se aplicó *de hecho* un criterio basado en el examen del fondo del asunto.

100. La exactitud de la interpretación basada en el examen del fondo del asunto viene corroborada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio *non bis in idem* en materia de Derecho sobre la competencia, especialmente en la sentencia dictada en el asunto Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión. En aquella sentencia el Tribunal de Justicia declaró expresamente que la «[...] "absolución" en el sentido que se atribuye a dicho término en el ámbito punitivo» tan sólo se produce, y el principio general *non bis in idem* tan sólo opera, cuando «haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos imputados». [83]

81 — Ese es también el significado que debe atribuirse, a mi juicio, a la expresión «absuelto [...] mediante sentencia penal firme» que figura en el artículo II-110 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Véase la nota 8.

82 — Véase *supra*, punto 83.

83 — Véase *supra*, punto 57.

101. En cuarto lugar, la interpretación que ha de darse al principio *non bis in idem* debe ser la misma en todos los sectores del Derecho de la UE. Esta conclusión se deduce del artículo 6 UE, insertado en el título I «Disposiciones comunes», que es aplicable a todos los pilares que abarca el Tratado UE. El apartado 1 de dicho artículo 6 UE establece que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros». El apartado 2 de ese mismo artículo añade que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...], y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». Así pues, el principio fundamental *non bis in idem* constituye una de las normas más importantes del Estado de Derecho en el sistema jurídico de la UE. Por consiguiente, la interpretación de dicho principio debe ser coherente en todos los sectores de actividad a los que se aplica el Tratado UE, es decir, que quedan incluidos tanto el Tratado CE como el acervo de Schengen. [84]

102. Así pues, si en el marco de las normas sobre la competencia del Tratado CE el principio fundamental *non bis in idem* requiere un examen del fondo del asunto (como sucede efectivamente), lo mismo ha de ser verdad cuando el principio se aplica al amparo del artículo 54 del CAAS.

103. Cabría argumentar que el principio *non bis in idem* en el Derecho sobre la competencia puede y debe ser diferente del principio *non bis in idem* en el marco del artículo 54 del CAAS. Me propongo examinar más tarde tal argumentación. [85] No obstante, la cuestión de si el principio *non bis in idem* requiere que haya habido un examen sobre el fondo del asunto afecta a uno de los elementos nucleares del propio principio. Tal elemento nuclear debe permanecer constante con independencia del contexto jurídico en que se aplique el principio. No veo cómo podría variar sustancialmente el contenido de un elemento nuclear de un principio fundamental en función de que el principio *non bis in idem* se aplique al amparo del artículo 54 del CAAS o, con carácter general, como un principio fundamental del Derecho comunitario (por ejemplo, en el ámbito del Derecho sobre la competencia).

104. En quinto lugar, el criterio basado en el examen del fondo del asunto contribuiría, además, a evitar la posibilidad, que considero indeseable, de «criminal jurisdiction shopping» (elección de un determinado tribunal penal por razones espurias). Una aplicación sin restricciones del principio de mutua

84 — Confirma este razonamiento la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que aplica el artículo 6 EU. Véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de septiembre de 2003, Akkrich (C-109/01, Rec. p. I-9607), apartado 58, y también la de 20 de mayo de 2003, Österreichischer Rundfunk y otros (C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rec. p. I-4989), apartados 68 y 69. Más aún, en la sentencia dictada en el asunto Van Esbroeck, citada en la nota 19, el Tribunal de Justicia parece haber aceptado implícitamente este punto de vista, en la medida en que se remitió (en el apartado 40) al asunto Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión al declarar que el principio recogido en el artículo 54 del CAAS ha sido reconocido como principio fundamental del Derecho Comunitario.

85 — Véanse *infra*, puntos 155 a 158.

confianza podría tener como resultado que un individuo buscara deliberadamente su enjuiciamiento en un Estado miembro en el que supiera que se declararía necesariamente la prescripción de la acción penal, para posteriormente ampararse en el principio *non bis in idem* al objeto de circular libremente dentro de la UE. [86]

Posibles objeciones al criterio basado en el examen del fondo del asunto

105. Al parecer, son tres las objeciones que he de examinar: el papel del principio de «confianza mutua» que subyace al artículo 54 del CAAS; el rechazo explícito por el Tribunal de Justicia de que la previa armonización sea un requisito para la aplicación del artículo 54 del CAAS; y las dificultades prácticas que pueden derivarse de la aplicación del criterio basado en el examen del fondo del asunto. Voy a examinar sucesivamente estas tres objeciones.

106. En primer lugar, ¿se opone el criterio basado en el examen del fondo del asunto a la relevancia que el Tribunal de Justicia ha atribuido hasta la fecha a la importancia de la «confianza mutua» entre los Estados miembros?

107. En las sentencias dictadas en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge y en el asunto Van Esbroeckt el Tribunal de Justicia atribuyó ciertamente considerable relevancia al principio de la «confianza mutua» [87] que subyace al artículo 54 del CAAS, así como a la cooperación de los Estados miembros en materia penal con arreglo al Tratado de Ámsterdam [88] (tal como ha reconocido expresamente el Consejo de Tampere). [89]

108. En mi opinión, sin embargo, el concepto de confianza mutua no es tan amplio como para aportar un fundamento razonable a la aplicación del principio *non bis in idem* en relación con todos los autos nacionales de sobreseimiento de procesos penales en virtud de prescripción.

109. Antes al contrario, creo que puede y debe distinguirse entre la confianza en los

86 — Esta cuestión dista de ser meramente teórica. A título de ejemplo, parece ser que, debido a la levedad de la sanción penal de los delitos relacionados con el comercio de obras de arte robadas, tanto Bélgica como los Países Bajos han sido durante mucho tiempo el lugar preferido para quienes trafican con tales artículos.

87 — Es obvia la gran afinidad de este concepto con el de «reconocimiento mutuo», que tradicionalmente forma parte de las cuatro libertades que regula el Tratado CE. En sus sentencias el Tribunal de Justicia habla más de «confianza mutua» que de «reconocimiento mutuo», términos estos últimos que utilizan el Consejo de Europa, el Consejo y la Comisión (véase la nota 89). Considero, sin embargo, que se trata de distintas denominaciones para el mismo principio.

88 — Véanse los puntos 44 y 54.

89 — A propuesta del Reino Unido, el Consejo Europeo de Tampere de 1999 hizo suyo el principio de «reconocimiento mutuo» de las resoluciones judiciales en materia penal. En las conclusiones de dicho Consejo se afirma que «el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales» (punto 33 de las Conclusiones de la Presidencia). A tenor de la introducción al Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, adoptado posteriormente por el Consejo y la Comisión (DO 2001, C 12, p. 10), la aplicación de dicho principio «supone una confianza recíproca de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal. Dicha confianza se basa, en particular, en el fundamento común que constituye su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho».

procedimientos penales de los demás Estados miembros en general (que incluyen aspectos tales como las garantías de un juicio justo, la calificación material de los delitos y las reglas sobre admisibilidad y práctica de las pruebas), por un lado, y la confianza en una resolución que establece que es imposible examinar el fondo del delito porque ha prescrito la acción penal, por otro. La primera constituye una genuina expresión de respeto, en un mundo no armonizado, por la calidad y validez del Derecho penal de otros Estados soberanos. La segunda equivale de hecho a una armonización en torno al mínimo denominador común. [90]

110. Llegados a este punto, cabría quizá trazar un paralelo con la jurisprudencia relativa al principio de reconocimiento mutuo aplicable a las principales libertades que regula el Tratado CE. Aunque el reconocimiento mutuo es importante, existen excepciones a dicho principio tanto en virtud de disposiciones específicas del propio Tratado CE como en la jurisprudencia relativa a las «exigencias imperativas». Para su plena aplicación, el principio requiere, en cualquier caso, que las condiciones o características de las personas, bienes o servicios que se pretenda amparar en las disposiciones sobre libre circulación sean comparables a las que se exigen en el Estado de acogida o de importación. [91]

111. *A fortiori,* tienen que ser posibles excepciones y requisitos de «comparabilidad» similares en el contexto del acervo de Schengen (el cual, aunque tras el Tratado de Ámsterdam sea parte ahora del Derecho de la Unión Europea, sigue estando alejado de los objetivos y mecanismos de plena integración del Tratado CE). Aquellos requisitos y excepciones, además, deben ser idóneos en el contexto de la cooperación en materia de Derecho penal, Derecho éste que constituye un delicado ámbito de la soberanía nacional en la medida en que codifica los valores éticos y sociales de las sociedades nacionales. [92]

90 — En este último supuesto, además, el Tribunal asumiría funciones de legislador, lo cual contribuye a subrayar la poca idoneidad del criterio en cuestión.

91 — Véase, a este respecto, el análisis de S. Peers, «Mutual Recognition and Criminal Law in the EU: Has the Council got it Wrong?», (2004) *Common Market Law Review* 5.

92 — En efecto, «le crime et la peine sont donc des phénomènes sociaux, soumis aux lois de la sociologie, et ainsi conditionnés par tous les changements apportés à l'organisation sociale, par exemple, par les variations du milieu économique et, plus encore, par l'état des croyances morales et du degré de culture de chaque époque et de chaque peuple». (Émile Garçon, 1851-1922, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Payot, 1922, p. 3). El Tribunal de Justicia ha evitado en el pasado cuestionar desde el punto de vista del Derecho comunitario las opciones morales de los Estados miembros tal como se reflejan en sus legislaciones respectivas. La sentencia de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Rec. p. I-4685), constituye el más clásico ejemplo en ese contexto, aunque no el único. Véase, con carácter general, S. O'Leary y J.M. Fernández-Martín, «Judicially created exceptions to the free provision of services» en *Services and Free movement in EU Law*, M. Andenas y R. Wulf-Henning (eds.), 2002, OUP, p. 163. Es interesante observar que, en el contexto del sistema de EE.UU., declaradamente federal, el hecho de que se ejerciten sucesivas acciones penales estatales o federales en relación con la misma conducta no conculca la cláusula de exclusión del riesgo de doble condena penal que figura en la Quinta Enmienda. A efectos de la cláusula de exclusión del riesgo de doble condena penal, se considera que los Estados son entes soberanos distintos en relación unos con otros y en relación con el Gobierno federal *[Heath* v *Alabama* (1985) 474 U.S. 82].

112. A título de ejemplo, considérese la edad de la responsabilidad criminal, que claramente constituye una opción deliberada de la sociedad y que varía notablemente de un Estado miembro a otro.[93] A falta de algún acuerdo de armonización entre los Estados miembros, me parece que un «principio de reconocimiento mutuo» vagamente definido no constituiría una base adecuada para considerar que el sobreseimiento en un procedimiento penal en el «primer» Estado miembro motivado por no haber alcanzado el inculpado la edad de responsabilidad criminal justifica la aplicación del principio *non bis in idem* en otro Estado miembro en el que la edad de la responsabilidad criminal es inferior. En la actual fase de integración europea en materia penal, tal resultado no parece coherente con el nivel de competencias de que todavía disfruta cada Estado miembro.[94]

113. En segundo lugar, ¿requiere el criterio basado en el examen del fondo del asunto, como requisito previo para la aplicación del principio *non bis in idem,* algún nivel mínimo de armonización entre los sistemas de Derecho penal de los Estados miembros? De ser así, dicho criterio se opondría manifiestamente al criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en las sentencias dictadas tanto en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge como en el asunto Van Esbroeck.

114. Creo que aquí también resultan pertinentes las observaciones que acaban de exponerse en relación con el principio de confianza mutua. Exactamente como sucede con el reconocimiento mutuo en el contexto de las disposiciones del Tratado CE en materia de libre circulación, el principio de confianza mutua no pueda garantizar efectivamente, por sí solo, que se alcancen los objetivos que persigue el título VI del Tratado de la UE (Cooperación policial y judicial en materia penal). Para garantizar plenamente la libre circulación en un contexto en el que existe considerable diversidad en los enfoques nacionales en materia penal, resultará probablemente necesario en su momento cierto grado de armonización o aproximación de los Derechos penales nacionales.[95] Está bastante claro que lo anterior resulta aplicable a la cuestión de la prescripción. Salvo que se alcance el referido grado de armonización o aproximación, y mientras éste no se alcance, creo que el principio de confianza mutua constituye una base insatisfactoria para ampliar el principio *non bis in idem* hasta cubrir supuestos de cosa juzgada por motivos procesales derivados de la aplicación de un plazo de

93 — En la UE, existe responsabilidad criminal, según los distintos Estados miembros, a partir de los 7, 8, 13, 14, 16 y 18 años de edad.

94 — A este respecto, me permito discrepar de la opinión expresada incidentalmente por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones en el asunto Van Straaten, citadas en la nota 19, punto 65.

95 — En la misa línea, véase H. Schermers, *«Non bis in idem»* en *Du Droit International au Droit de l'Intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore,* F. Capotorti y otros (eds.), Nomos, pp. 601 y ss., especialmente p. 611. Véase también van den Wyngaert y Stessens, citados en la nota 67, p. 792.

prescripción sin examinar el fondo del asunto. Si el resultado de ello es atribuir en esta instancia prioridad al mantenimiento de un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que así sea.

115. En tercer lugar, ¿existen (como sostiene la Comisión) considerables dificultades prácticas para adoptar el criterio basado en el examen del fondo del asunto? La Comisión ha sugerido que pueden suscitarse dos problemas principales. El primero de ellos es que los tribunales nacionales habrán de determinar si se ha llevado a cabo algún examen sobre el fondo del asunto en el «primer» Estado miembro. El segundo es que la Comisión teme que lo anterior tenga como consecuencia que se produzcan tratos discriminatorios. Los individuos que sean «absueltos» en un Estado miembro en el que tal decisión implique un examen del fondo del asunto estarían en condiciones de beneficiarse del principio *non bis in idem,* mientras que no lo estarían aquellos individuos «absueltos» por idénticos motivos en un Estado miembro en el que no se exija ningún examen sobre el fondo del asunto.

116. Discrepo de la Comisión.

117. En cuanto al argumento basado en las dificultades prácticas, no acierto a comprender por qué razón tales dificultades son intrínsecamente diferentes de aquellas dificultades con las que necesariamente se encuentran los tribunales nacionales cuando cooperan con los tribunales penales de otros Estados miembros. Además de la obligación de cooperación que impone el artículo 57 del CAAS, existen ya suficientes mecanismos de cooperación para garantizar que puedan disiparse con facilidad (relativa) cualesquiera dudas que un tribunal nacional pueda tener sobre el alcance de una resolución en materia de Derecho penal adoptada por un tribunal de otro Estado miembro que está obligado a tomar en consideración. Sería suficiente con que, en el marco de los mencionados procedimientos de cooperación, el tribunal penal del «segundo» Estado miembro pidiera al tribunal nacional del «primer» Estado miembro que aclarara si hubo o no un examen del fondo del asunto.

118. También parece razonable suponer que el abogado del acusado planteará la cuestión en el segundo procedimiento; y que argumentará (como en el caso presente ha hecho el abogado de los inculpados en España) que la absolución en el primer Estado miembro, pese a haberse basado en parte en la prescripción de la acción penal, implicó no obstante un examen del fondo del asunto.

119. En cuanto al argumento basado en la discriminación, ésta consiste en tratar de modo diferente dos situaciones comparables. La situación de un acusado absuelto tras un examen sobre el fondo del asunto no es comparable a la de un acusado absuelto sin ningún examen de este tipo. Por lo tanto, considero poco probable que el criterio

basado en el examen del fondo del asunto produzca algún problema de discriminación.

120. En vista de lo anterior, de acuerdo con la posición adoptada por España, Italia, Polonia, Francia y los Países Bajos, propongo que a la primera cuestión prejudicial se responda que, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión Europea, el artículo 54 del CAAS debe interpretarse en el sentido de que una resolución por la que se declara la prescripción de la acción penal, adoptada en un procedimiento penal por un tribunal de un Estado miembro, es vinculante para otro tribunal nacional únicamente si a) dicha resolución es firme con arreglo al Derecho nacional, b) el procedimiento en el primer Estado miembro ha implicado un examen del fondo del asunto, y c) los hechos [96] y el inculpado (o inculpados) son los mismos en los procedimientos seguidos ante ambos tribunales. [97] Corresponde al tribunal nacional determinar si concurren tales requisitos en un caso concreto. Si dichos requisitos concurren, queda excluido cualquier procedimiento nuevo contra los mismos inculpados basado en los mismos hechos materiales.

96 — Véase la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, letra b), puntos 148 a 154 *infra*.

97 — Véase la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, puntos 121 a 124 *infra*.

La segunda cuestión prejudicial

121. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide en lo sustancial que se dilucide si el principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS debe interpretarse en el sentido de que se opone a que en el Estado miembro B se incoen nuevas diligencias penales contra individuos debido al hecho de que en el Estado miembro A se haya acordado el sobreseimiento, por haber prescrito la acción penal, de procedimientos penales derivados de los mismos hechos pero que afectan a individuos diferentes.

122. Comparto la opinión de todas las partes que han presentado observaciones –con la excepción (nada sorprendente) de los inculpados en el litigio principal– de que esta cuestión es sencilla y debe ser contestada en sentido negativo.

123. El artículo 54 del CAAS dispone que «*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». De la interpretación literal de dicha disposición se deduce que beneficia únicamente al individuo o individuos concretos que han sido absueltos o condenados mediante sentencia firme. A primera vista, pues, la referida disposición no se aplica a otros individuos que puedan estar involucrados en los mismos hechos pero que no hayan sido juzgados todavía. Más aún, el Tribunal de Justicia ha

aplicado ya tal interpretación literal del artículo 54 en la sentencia dictada en los asuntos acumulados Gözütok y Brügge, cuando declaró que «el principio *ne bis in idem,* consagrado en dicha disposición, tiene por único efecto evitar que en un Estado miembro se incoen nuevas diligencias penales contra *una persona* que haya sido juzgada mediante sentencia firme en otro Estado miembro por los mismos hechos». [98]

124. La sentencia dictada en el asunto «Cemento» corrobora la anterior conclusión. En aquel asunto, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con las normas comunitarias sobre la competencia, que la aplicación del principio *non bis in idem* está supeditada, entre otros, al requisito de «unidad de infractor». [99]

La tercera cuestión prejudicial

125. Mediante la tercera cuestión se pide que se dilucide si, en caso de que los tribunales penales de un Estado miembro declaren que no consta la extracomunitariedad de una mercancía a los efectos de un delito de contrabando y, en consecuencia, absuelvan al acusado, los tribunales de otro Estado miembro pueden ampliar la investigación para demostrar que la introducción de la mercancía sin pagar Arancel Aduanero, lo ha sido desde un Estado no comunitario.

126. Tal como han señalado acertadamente la Comisión y los inculpados en España, esta cuestión prejudicial se basa en una hipótesis que está en contradicción con la descripción de los hechos en el auto de remisión. [100] No obstante lo cual, me propongo examinarla, puesto que existen indicios de que la respuesta a la misma puede ser útil para el órgano jurisdiccional remitente.

127. Estoy de acuerdo con la mayor parte de los Estados miembros que han presentado observaciones [101] en que la respuesta a esta cuestión prejudicial depende esencialmente de si la resolución en la que se hayan efectuado las primeras apreciaciones de hecho cumple los requisitos para la aplicación del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS. Como ya he examinado tales requisitos en mi análisis de las dos primeras cuestiones prejudiciales, me remito a las conclusiones a las que entonces llegué.

98 — Apartado 47 (el subrayado es mío).

99 — Sentencia «Cemento», citada en la nota 23, apartado 338.

100 — Véanse *supra,* puntos 29 a 33. Sin embargo, resulta plenamente coherente con los textos de las sentencias del Tribunal Penal de Setúbal y del Tribunal Supremo portugués, véase *supra,* punto 33.

101 — Todos los Estados miembros (con la excepción de Francia, que en sus observaciones orales no se refirió a la tercera cuestión prejudicial) han considerado que la respuesta a la tercera cuestión depende de las respuestas a las dos primeras.

128. Por lo tanto, propongo como respuesta a la tercera cuestión prejudicial que, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión Europea, el artículo 54 del CAAS debe interpretarse en el sentido de que una resolución adoptada en un procedimiento penal por un tribunal de un Estado miembro únicamente es vinculante para los tribunales penales de otro Estado miembro si a) la resolución es firme con arreglo al Derecho nacional, b) el procedimiento en el primer Estado miembro ha implicado un examen del fondo del asunto, y c) los hechos y los inculpados son los mismos en los procedimientos ante ambos tribunales.

La cuarta cuestión prejudicial

129. Corresponde al tribunal nacional determinar si concurren tales requisitos en un caso concreto. Si dichos requisitos concurren, quedan excluidos nuevos procedimientos penales contra los mismos inculpados basados en los mismos hechos y el tribunal nacional no puede, ampliando el ámbito de su examen, cuestionar los hechos declarados probados en la primera resolución. [102]

130. Por otro lado, si no concurren los requisitos que acabo de mencionar, los tribunales penales de otros Estados miembros podrán incoar nuevas diligencias penales, cuando tal sea su función con arreglo al Derecho penal nacional, a fin de determinar si se ha producido un delito de importación ilegal.

131. El tenor literal de la cuarta cuestión implica que el Tribunal Supremo portugués ya ha declarado que las mercancías de que se trata *no* han sido importadas ilegalmente en Portugal, implicación que contradicen otras partes del auto de remisión. [103] No obstante, teniendo en cuenta el contenido global del auto de remisión, me propongo, al igual que la Comisión y todos los Estados miembros que han presentado observaciones, reformular dicha cuestión a fin de proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil.

132. La cuarta cuestión prejudicial se compone de dos cuestiones distintas.

102 — He de poner de relieve que la respuesta que propongo no debe interpretarse en el sentido de que se opone necesariamente a la reapertura de un proceso en virtud del artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7 de CEDH (por ejemplo, cuando surjan hechos nuevos o revelaciones nuevas). Como la cuestión no se suscita en el presente procedimiento prejudicial, no le dedicaré más atención.

103 — Véanse los puntos 29 a 33 *supra*.

Cuarta cuestión prejudicial, letra a)

133. La primera subcuestión, que versa sobre el concepto de mercancías en libre práctica en el sentido del artículo 24 CE, se compone, a su vez, de dos elementos.

134. El primer elemento suscita el extremo de si la declaración por un tribunal penal de un Estado miembro de que no consta ninguna importación ilegal atribuye con carácter irreversible a las mercancías de que se trate la condición de mercancías en libre práctica que se benefician del artículo 24 CE y vincula a los tribunales penales de otros Estados miembros que conozcan de asuntos relacionados con las mismas mercancías.

135. El segundo elemento se centra, una vez más, en si la resolución firme de un tribunal penal que declara que ha prescrito una acción penal basada en la importación ilegal, y que por esta razón se opone a que se incoen nuevos procedimientos penales por importación ilegal en dicho Estado miembro, vincula a los tribunales penales y a las autoridades competentes de todos los demás Estados miembros, los cuales deberán admitir, en consecuencia, que las mercancías en cuestión se encuentran ciertamente en libre práctica.

136. Al examinar las tres primeras cuestiones prejudiciales ya tuve ocasión de desarrollar, si bien en términos generales, los argumentos necesarios para responder a estos dos elementos.

137. Ahora bien, para proporcionar una respuesta más útil, considero que es necesario distinguir entre el *estatuto jurídico administrativo* de las mercancías en libre práctica, por un lado, y la *responsabilidad criminal* que puede derivarse de la importación ilegal en la Comunidad de mercancías originarias de terceros países, por otro lado. El primer punto se rige por las normas comunitarias. En cambio, al segundo punto le resulta aplicable el Derecho penal nacional.

138. A tenor del artículo 24 CE, «se considerarán en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, siempre que no se hubieren beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos».

139. Figuran normas más detalladas en el Código aduanero comunitario, establecido por el Reglamento (CEE) nº 2913/92 del Consejo [104] (en lo sucesivo, «Código adua-

104 — Reglamento de 12 de octubre de 1992 (DO L 302, p. 1).

nero»), y en el Reglamento (CEE) nº 2454/93 de la Comisión, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Código aduanero comunitario (en lo sucesivo, «Reglamento de aplicación»). [105]

140. En virtud del artículo 24 CE y de las disposiciones pertinentes del Código aduanero y del Reglamento de aplicación, [106] se considerarán mercancías en libre práctica aquellos productos procedentes de terceros países que hayan sido legalmente importados en cualquiera de los Estados miembros de conformidad con los requisitos que establece el artículo 24 CE. [107] Una vez que las mercancías importadas de terceros países han sido despachadas a libre práctica, adquieren el estatuto de mercancías comunitarias. [108] El despacho a libre práctica implica «[...] el cumplimiento de los demás trámites previstos para la importación de unas mercancías y la aplicación de los derechos legalmente devengados». [109] Se presumirá, salvo prueba en contrario, que disfrutan del estatuto de mercancías en libre práctica todas las mercancías transportadas de un punto a otro en el interior de la Comunidad. [110]

141. En virtud de las normas comunitarias aplicables, las autoridades aduaneras están facultadas, dentro de los límites que establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de proporcionalidad y a la libre circulación de mercancías, [111] para verificar la autenticidad de los documentos que establecen el estatuto de las mercancías y para llevar a cabo inspecciones con vistas a comprobar si se cumplen las normas aduaneras. [112] Para los supuestos de mercancías importadas ilegalmente o de mercancías despachadas ilegalmente a libre práctica, el Código Aduanero y el Reglamento de aplicación prevén que tales mercancías generan una deuda aduanera que deberá satisfacer la persona responsable. [113]

142. De este modo, una vez cumplidos los trámites aduaneros y, en su caso, abonados los derechos debidos, las mercancías importadas de terceros países obtienen el estatuto de mercancías en libre práctica y disfrutan de todos los derechos que correspondan en virtud de las normas comunitarias. Las autoridades nacionales están vinculadas por dichas normas comunitarias. Las autoridades de los demás Estados miembros deben presumir que toda declaración de las autoridades aduaneras nacionales de que las mercancías se encuentran en libre práctica es válida, salvo prueba en contrario. En este último caso, deberá pagarse la deuda aduanera resultante. En este punto finaliza la aplicación del Derecho aduanero comunitario.

105 — Reglamento de 2 de julio de 1993 (DO L 253, p. 1). Una versión refundida de dicho Reglamento está disponible en http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1993/en_1993R2454_do_001.pdf.

106 — Artículo 4, apartados 6 y 7, del Código aduanero comunitario y artículo 313 del Reglamento de aplicación.

107 — Sentencia de 15 de diciembre de 1976, Donckerwolcke y otros (41/76, Rec. p. 1921); sentencia de 22 de marzo de 1990, Houben (C-83/89, Rec. p. I-1161).

108 — Artículos 4, números 6 y 7, y 79 del Código aduanero.

109 — Artículo 79 del Código aduanero.

110 — Artículo 313, apartado 1, del Reglamento de aplicación.

111 — En lo que atañe a las condiciones aplicables con arreglo a los artículos 28 CE y 30 CE a los controles e inspecciones sobre las importaciones con posterioridad a 1993, véase P. Oliver, con la colaboración de M. Jarvis, *Free Movement of Goods in the European Community*, 4ª ed., 2003, Sweet & Maxwell, 6.10, 7.04 y 12.12 a 12.20.

112 — Artículo 250 del Código aduanero.

113 — Véase el capítulo 2, «Origen de la deuda aduanera», del título VII, denominado «Deuda aduanera», del Código aduanero.

143. Así pues, las normas comunitarias se limitan a regular los aspectos de Derecho administrativo de la importación ilegal. Tales normas no se proponen armonizar la regulación jurídica de las infracciones aduaneras por los Derechos penales nacionales. Los Estados miembros conservan la competencia de sancionar penalmente las infracciones aduaneras del Código aduanero, [114] con sujeción a los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia, especialmente en cuanto a la proporcionalidad. Por consiguiente, la cuestión de si la importación ilegal produce (además de una deuda aduanera en virtud del Derecho administrativo) una infracción aduanera sujeta a responsabilidad criminal debe determinarse de conformidad con el Derecho penal nacional aplicable.

144. Es obvio que los elementos de tal infracción relativos a si se ha producido de hecho una importación ilegal en la Comunidad están regulados en las normas comunitarias pertinentes. En esa medida, las normas comunitarias desempeñan ciertamente un papel a la hora de determinar si se ha cometido una infracción aduanera castigada por el Derecho penal nacional. El que tales comprobaciones fácticas se hayan hecho o no en procedimientos penales concretos influirá en el modo y en la fase en que la cuestión de prescripción se suscite en dichos procedimientos.

145. Tal como antes indiqué en mi respuesta a la tercera cuestión prejudicial, de lo anterior se deduce que, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión Europea, cuando concurren todos los requisitos necesarios para la aplicación del principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS, quedan excluidos nuevos procedimientos penales contra los mismos inculpados basados en los mismos hechos y un tribunal nacional no puede cuestionar los hechos declarados probados en la primera resolución. [115]

146. Pero, si ello no es así, los tribunales penales de los Estados miembros no están vinculados por lo que previamente hayan declarado los tribunales penales de otro Estado miembro.

147. Dilucidar si a determinadas mercancías les corresponde el estatuto de «mercancías comunitarias» o si su importación en la Comunidad constituye una infracción aduanera sujeta a responsabilidad criminal es una cuestión que incumbe el tribunal nacional, el cual deberá aplicar, a efectos de determinar el extremo de si las mercancías se encuentran «en libre práctica», las disposiciones pertinentes de Derecho comunitario (es decir, el artículo 28 CE, el Código aduanero y el Reglamento de aplicación), y, en lo que atañe a la responsabilidad criminal, las

114 — Véase, en particular, la sentencia de 26 de octubre de 1982, Einberger (240/81, Rec. p. 3699); véase también la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Kiwall (252/87, Rec. p. 4753), apartado 11.

115 — Es obvio que en este punto resulta plenamente aplicable la misma precisión que, en lo que atañe al artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7 del CEDH, se hizo en la nota 102.

normas pertinentes nacionales en materia de infracciones aduaneras.

Cuarta cuestión prejudicial, letra b)

148. Mediante la segunda subcuestión se pide en lo sustancial que se dilucide si, a efectos de la aplicación del artículo 54 del CAAS, la importación y subsiguiente venta de mercancías debe considerarse un único hecho o dos hechos separados.

149. El concepto de «los mismos hechos» a efectos del artículo 54 del CAAS lo ha interpretado el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Van Esbroeck. Allí declaró que «el único criterio pertinente» a efectos de la aplicación de dicho artículo es que debe existir «identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas». [116] El Tribunal de Justicia estimó que podría considerarse que los hechos materiales son «los mismos hechos» si constituyen «un conjunto de hechos indisolublemente ligados en el tiempo, en el espacio así como por su objeto». [117]

116 — Apartado 36.

117 — Apartado 38.

150. El Tribunal de Justicia consideró que los hechos del asunto Van Esbroeck (exportación e importación a diferentes Estados miembros de los mismos estupefacientes) eran *en principio* «los mismos hechos» a efectos del artículo 54 del CAAS. [118] No obstante, al haberse suscitado la cuestión como un punto de hecho en el contexto de una petición de decisión prejudicial, correspondía resolverla al tribunal nacional.

151. La importación y comercialización de mercancías, ¿constituye una «identidad de los hechos materiales», entendida como «un conjunto de hechos indisolublemente ligados en el tiempo, en el espacio así como por su objeto»?

152. No creo que necesariamente tenga que ser así. El hecho de importar ilegalmente mercancías, entendido como introducir mercancías en el territorio aduanero de la UE sin satisfacer los correspondientes derechos aduaneros o derechos de importación, no *engloba necesaria o automáticamente también* el hecho de vender tales mercancías a terceros en dicho territorio. Cabe imaginar fácilmente, por ejemplo, la importación ilegal de mercancías para el propio consumo, en cuyo caso no se lleva a cabo venta alguna. Es posible imaginar asimismo la importación

118 — *Ibid.* Es evidente que las mercancías transportadas a través de una frontera constituyen al mismo tiempo una exportación desde el territorio de una Parte Contratante y una importación en el territorio de otra. Tal como acertadamente ha subrayado el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Van Esbroeck, considerar que tal acción está compuesta por dos hechos distintos resultaría contrario a los objetivos y principios en que se fundamentan todos los ideales de mercado interior del Tratado CE: véanse sus conclusiones en el asunto Van Esbroeck, citadas en la nota 19, punto 52.

ilegal por una persona y la posterior venta por otra en un Estado miembro diferente. En tal caso, habría dos conjuntos distintos de hechos materiales, relacionados con dos personas diferentes, dos lugares diferentes y dos momentos diferentes.

153. Me parece, pues, que la importación ilegal y la venta de las mismas mercancías no siempre constituyen «un conjunto de hechos indisolublemente ligados en el tiempo, en el espacio así como por su objeto». En consecuencia, no constituyen necesariamente «los mismos hechos» a efectos del artículo 54 del CAAS tal como lo interpretó el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Van Esbroeck. O lo que es lo mismo, y para utilizar las palabras del órgano jurisdiccional remitente, la venta de mercancías importadas ilegalmente no constituye necesariamente parte integrante de la importación.

154. Por supuesto que puede haber circunstancias en las que la importación ilegal y la subsiguiente venta de las mercancías de contrabando se encuentren tan indisolublemente ligadas [119] que quepa considerar que son los mismos hechos en el sentido de la sentencia Van Esbroeck. Corresponde al tribunal nacional dilucidar este extremo.

119 — Por ejemplo, cuando el importador ya ha acordado la venta o la lleva a cabo muy poco tiempo después de la importación de las mercancías.

155. En este punto me gustaría llamar la atención sobre la existencia de una divergencia de enfoque entre las sentencias dictadas en los asuntos Van Esbroeck y «Cemento». En esta última sentencia, en el contexto de la aplicación al Derecho sobre la competencia del principio *non bis in idem* como principio fundamental del Derecho de la UE, el Tribunal de Justicia supeditó su aplicación al «triple requisito» de «identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. [120] En cambio, en el asunto Van Esbroeck el Tribunal de Justicia declaró expresamente que la existencia de «unidad de interés jurídico protegido» *no* constituye un requisito para la aplicación del artículo 54 del CAAS. La mera identidad de los hechos materiales resulta suficiente.

156. Si uno admite, como es mi caso, [121] que por exigencias de la lógica el principio *non bis in idem* no puede ser sustancialmente diferente en función de si se aplica en el marco del artículo 54 del CAAS o como un principio fundamental del Derecho comunitario, resulta imprescindible conciliar las sentencias dictadas en los dos asuntos mencionados.

157. Me parece que el elemento distintivo estriba en que en el asunto «Cemento» el Tribunal de Justicia aplicó el principio *non*

120 — Sentencia «Cemento», citada en la nota 23, apartado 338. Véase también la sentencia de 18 de noviembre de 1987, Maizena (137/85, Rec. p. 4587), en la que el Tribunal de Justicia se opuso a la aplicación del principio *non bis in idem* porque las dos disposiciones de Derecho comunitario (que imponían a los demandantes en el procedimiento nacional la prestación de dos fianzas relativas a una misma operación de exportación) tenían objetivos diferentes. De este modo, el Tribunal de Justicia aplicó implícitamente el criterio de la unidad de interés jurídico protegido como requisito para la aplicación del principio *non bis in idem*. En el mismo sentido, véase la sentencia de 12 de julio de 2005, Comisión/Francia (C-304/02, Rec. p. I-6263), apartado 84; y véase también la jurisprudencia citada en la nota 49.

121 — Véanse los puntos 101 a 103 *infra*.

bis in idem a la potestad sancionadora que las instituciones de la Comunidad ejercen sobre las empresas en virtud de las normas comunitarias en materia de competencia, es decir, en un contexto estrictamente supranacional y con observancia de un ordenamiento jurídico *único* regido por un conjunto *uniforme* de normas. En tales circunstancias, por definición, el interés jurídico protegido ya habrá sido determinado por las normas comunitarias sobre la competencia; y será uno solo y el mismo para toda la Comunidad. Es razonable, pues, que, en ese contexto «unitario», el Tribunal de Justicia imponga el deber de que exista «unidad de interés jurídico protegido» como uno de los requisitos para la aplicación del principio *non bis in idem.*

158. En lo que atañe al principio *non bis in idem* recogido en el artículo 54 del CAAS, por el contrario, está expresamente previsto que dicho principio *no* está llamado a aplicarse en el contexto de un único sistema jurídico uniforme. Antes al contrario, su finalidad es regular determinados aspectos de la cooperación de los Estado miembros en materia penal dentro del marco del Acuerdo de Schengen. En este contexto, cabe esperar que los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales se propongan proteger intereses de la más variada índole a través de sus Derechos penales. Según han puesto de relieve en el asunto Van Esbroeck tanto el Abogado General [122] como el Tribunal de Justicia, [123] exigir la «unidad de interés jurídico protegido» para la aplicación del principio *non bis in idem* en el marco del artículo 54 del CAAS habría supuesto privar a dicho principio de todo contenido y eficacia a la hora de conseguir su objetivo de reforzar la libre circulación de las personas.

159. Es importante observar, por último, que la diferencia de enfoque entre las sentencias «Cemento» y Van Esbroeck puede tener considerable trascendencia a la hora de definir el alcance del artículo 54 del CAAS. En efecto, en el marco del amplio enfoque adoptado en la sentencia dictada en el asunto Van Esbroeck, en todos los casos en que en procedimientos penales nacionales se haya acusado a un individuo de varios delitos derivados del mismo conjunto de hechos, la absolución definitiva en relación con una acusación es suficiente para justificar la aplicación del principio *non bis in idem* en el marco del artículo 54 del CAAS. [124]

122 — Conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Van Esbroeck, citadas en la nota 19, puntos 45 a 48. Como he indicado anteriormente (véase la nota 67), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es coherente en el punto de si la unidad de interés jurídico protegido constituye un requisito para la aplicación del principio *non bis in idem*, o si resulta suficiente la identidad de los hechos materiales.

123 — Véase el apartado 56.

124 — Supóngase, a título de ejemplo, que una persona sea acusada de tres delitos derivados de los mismos hechos. El tribunal competente declara sucesivamente, sin entrar en el fondo del asunto, que dos de las acciones penales han prescrito. Una vez finalizado el juicio, absuelve al acusado mediante sentencia firme del tercer delito imputado porque no existen pruebas suficientes para justificar su condena. Si se aplica la doctrina de la sentencia Van Esbroeck, tan sólo se requiere la identidad de los hechos materiales y la unidad del infractor, pero no así la «unidad de interés jurídico protegido». El acusado podrá invocar posteriormente el principio *non bis in idem* en el marco del artículo 54 del CAAS, incluso en lo que atañe a las dos primeras acciones penales.

Conclusión

160. A la vista de todo lo anterior, opino que el Tribunal de Justicia debería dar las siguientes respuestas a las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Málaga:

1) En el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión Europea, el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen debe interpretarse en el sentido de que una resolución por la que se declara la prescripción de la acción penal, adoptada en un procedimiento penal por un tribunal de un Estado miembro, es vinculante para otro tribunal nacional únicamente si a) dicha resolución es firme con arreglo al Derecho nacional, b) el procedimiento en el primer Estado miembro ha implicado un examen del fondo del asunto, y c) los hechos y el inculpado (o inculpados) son los mismos en los procedimientos seguidos ante ambos tribunales. Corresponde al tribunal nacional determinar si concurren tales requisitos en un caso concreto. Si dichos requisitos concurren, queda excluido cualquier procedimiento nuevo contra los mismos inculpados basado en los mismos hechos.

2) Como quiera que el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen únicamente es de aplicación cuando la persona enjuiciada es la misma, dicha disposición no impide que en un Estado miembro se enjuicie a determinadas personas por el hecho de que en otro Estado miembro se haya sobreseído por prescripción de la presunta infracción penal un procedimiento penal por los mismos hechos, pero en el que las personas enjuiciadas son diferentes.

3) En el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión Europea, el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen debe interpretarse en el sentido de que una resolución adoptada en un procedimiento penal por un tribunal de un Estado miembro únicamente es vinculante para los tribunales

penales de otro Estado miembro si a) la resolución es firme con arreglo al Derecho nacional, b) el procedimiento en el primer Estado miembro ha implicado un examen del fondo del asunto, y c) los hechos y los inculpados son los mismos en los procedimientos ante ambos tribunales. Corresponde al tribunal nacional determinar si concurren tales requisitos en un caso concreto. Si dichos requisitos concurren, quedan excluidos nuevos procedimientos penales contra los mismos inculpados basados en los mismos hechos y el tribunal nacional no puede, ampliando el ámbito de su examen, cuestionar los hechos declarados probados en la primera resolución.

4) (a) La respuesta a la tercera cuestión prejudicial es aplicable con independencia de que el órgano jurisdiccional del primer Estado miembro haya declarado que los hechos alegados no se han probado o que la infracción penal de que se trate ha prescrito con arreglo a su normativa penal interna.

(b) La importación ilícita y la posterior comercialización de las mismas mercancías no son los «mismos hechos» a efectos del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, a menos que se encuentren indisolublemente ligadas en el tiempo, en el espacio así como por su objeto. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si concurren dichos requisitos en un caso concreto.