CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 20 de octubre de 2005 [1]

I. Introducción

1. El llamado Acervo de Schengen integra:

a) el Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 en la ciudad luxemburguesa que le da nombre por los tres Estados que forman la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes; [2]

b) el Convenio de Aplicación del antedicho Acuerdo, suscrito el 19 de junio de 1990 por las mismas partes contratantes (en lo sucesivo, «Convenio»); [3]

c) los protocolos y los instrumentos de adhesión de otros Estados miembros, las declaraciones y los actos adoptados por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio, así como los dictados por las instancias a las que el Comité mencionado atribuya competencias decisorias. [4]

2. El Protocolo (nº 2) anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Protocolo») incorpora el descrito bloque jurídico al marco de la Unión, rigiendo, según lo previsto en el artículo 2, apartado 1, párrafo primero, en los trece Estados miembros que cita enel artículo 1, entre los que se

1 — Lengua original: español.

2 — DO 2000, L 239, p. 13.

3 — DO 2000, L 239, p. 19.

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

encuentra el Reino de Bélgica,[5] a partir de la vigencia del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999).

3. El artículo 6 del Protocolo compromete a la República de Islandia y al Reino de Noruega en la ejecución y el desarrollo del Acervo, países en los que está vigente desde el 25 de marzo de 2001.[6]

4. El reenvío prejudicial del Hof van Cassatie van België (órgano jurisdiccional belga de casación) ofrece al Tribunal de Justicia la ocasión de interpretar, por tercera vez,[7] el artículo 54 del Convenio, que enuncia el principio *ne bis in idem*, así como de analizar su aplicación *ratione temporis* y perfilar el concepto de *idem*.

II. El marco jurídico

A. *El derecho de la Unión Europea*

5. El patrimonio jurídico de Schengen tiene por finalidad, según consta en el preámbulo del referido Protocolo, potenciar la integración en Europa y, en particular, hacer posible que la Unión se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia.

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

6 — El 19 de diciembre de 1996 los trece Estados miembros de la Unión Europea a la sazón signatarios de Schengen y los países nórdicos mencionados firmaron en Luxemburgo un pacto *adhoc*, precedente del Acuerdo celebrado el 18 de mayo de 1999 por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, la aplicación y el desarrollo del Acervo de Schengen (DO L 176, p. 36). El artículo 15, apartado 4, de este último pacto encomendó al Consejo fijar la fecha de entrada en vigor para los nuevos compromisarios, tarea que cumplió en la Decisión 2000/777/CE, de 1 de diciembre de 2000 (DO L 309, p. 24), señalando, con carácter general, el 25 de marzo de 2001 (artículo 1).

7 — En las dos primeras oportunidades estudié la manera en la que el *ius puniendi* se ejercita en los Estados, afirmando que la regla *ne bis in idem* se impone también cuando la acción pública penal se extingue mediante el cumplimiento por el imputado de determinadas cargas convenidas con el ministerio público [sentencia de 11 de febrero de 2003, Gözutök y Brügge (asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345), en los que presenté conclusiones el 19 de septiembre del 2002], careciendo, por el contrario, de operatividad si el archivo de una causa se debe a la decisión del fiscal de no mantener la persecución porque se han iniciado actuaciones en otro Estado miembro contra el acusado por idénticos hechos [sentencia de 10 de marzo de 2005, Miraglia (C-469/03, aún no publicada en la Recopilación)].

6. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, del Protocolo, el Consejo adoptó, el 20 de mayo de 1999, las Decisiones 1999/435/CE y 1999/436/CE, por las que define el Acuerdo de Schengen y determina, en virtud de los preceptos pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de las normas que integran su acervo. [8]

7. Del artículo 2 y del anexo A de la segunda de las aludidas Decisiones se obtiene que los artículos 54 a 58 del Convenio encuentran cobertura en los artículos 34 UE y 31 UE, que forman parte del título VI, denominado «Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal».

8. Los mencionados artículos del Convenio componen el capítulo 3, que lleva la rúbrica de «Aplicación del principio *non bis in idem*», del título III, llamado «Policía y seguridad».

9. El artículo 54 prescribe:

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

10. El artículo 71, ubicado en el capítulo 6 («Estupefacientes») del mismo título III, tiene su base jurídica, además de en los citados artículos 34 UE y 31 UE, en el artículo 30 UE. A tenor de sus dos primeros apartados:

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

2. Las partes contratantes se comprometen a prevenir y reprimir con medidas administrativas y penales la exportación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, incluido el cannabis, así como la cesión, el suministro y la entrega de dichos productos y

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

sustancias, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de los artículos 74, 75 y 76. [9]»

B. *Los convenios de las Naciones Unidas*

11. El artículo 36 del Convenio único sobre estupefacientes, firmado en Nueva York el 30 de marzo de 1961, prevé que:

«1. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho por cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

2. A reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva, el régimen jurídico y la legislación nacional de cada Parte:

a) i) Cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto;

[...]

3. Las disposiciones del presente artículo estarán limitadas por las disposiciones del derecho penal de la Parte interesada, en materia de jurisdicción.

4. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte.»

9 — Estos preceptos aluden al comercio legal y a los imprescindibles controles.

12. El contenido del artículo 22 del Convenio sobre sustancias psicotrópicas, acordado en 1971, es prácticamente idéntico al del artículo 36 del Convenio de 1961.

III. Los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales

13. El Sr. Van Esbroeck, ciudadano belga, fue condenado el 2 de octubre de 2000 por el Bergens tingrett [tribunal de primera instancia de Bergen (Noruega)] a cinco años de privación de libertad, como autor de un delito de importación ilegal de productos estupefacientes, perpetrado el 1 de junio de 1999.

14. Una vez purgada la mitad de la pena y puesto en libertad condicional, regresó a su país, donde el 27 de noviembre de 2002 se inició un proceso penal, inculpándolo por haber exportado el 31 de mayo de 1999 las sustancias que había introducido en Noruega un día después y el Correctionele Rechtbank van Antwerpen (tribunal correccional de Amberes) le infligió un año de prisión en sentencia de 19 de marzo de 2003, confirmada en apelación por el Hof van Beroep te Antwerpen mediante otra resolución de 9 de enero de 2004.

15. El interesado formuló recurso de casación e invocó la infracción del principio *ne bis in idem,* proclamado en el artículo 54 del Convenio.

16. Antes de pronunciarse, el Hof van Cassatie (órgano de casación) ha dirigido al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas:

«1) ¿Puede un tribunal belga aplicar el artículo 54 del Convenio [...] después del 25 de marzo de 2001, respecto de una persona procesada, juzgada y condenada por los mismos hechos en sentencia dictada por un tribunal noruego el 2 de octubre de 2000, una vez cumplida la sanción, teniendo en cuenta que, con arreglo al artículo 2, apartado 1, del Acuerdo suscrito el 18 de mayo de 1999 por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega [...], el Convenio [...] se ejecutaría y aplicaría (en particular, el artículo 54) desde el 25 de marzo de 2001?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 54, en relación con el artículo 71, los dos del Convenio [...], en el sentido de considerar los "mismos hechos" los delitos de posesión para la importación y la exportación que se

refieren a idénticos estupefacientes y sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, y que se persiguen como importación y exportación, respectivamente, en varios países signatarios del Convenio [...] o en los que se ejecuta y aplica el Acervo de Schengen?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

17. Han presentado observaciones escritas en este proceso prejudicial el Sr. Van Esbroeck, la Comisión, los Gobiernos neerlandés, checo, austriaco, polaco y eslovaco, habiendo comparecido los representantes de los cuatro primeros en la vista celebrada el 22 de septiembre de 2005, ocasión en la que expresaron oralmente sus alegaciones.

V. El análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *La naturaleza y el fundamento del principio* ne bis in idem

18. En las conclusiones de los asuntos Gözütok y Brügge, ya referenciadas (puntos 48 y siguientes), señalé que el artículo 54 del Convenio es una genuina expresión del principio que impide que, en razón de una misma actuación ilícita, una persona sufra más de un procedimiento sancionador y, eventualmente, se la castigue de forma repetida, en cuanto entraña una inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi*.

19. Añadí entonces que hay dos pilares de todo ordenamiento en la base de este principio: la seguridad jurídica y la equidad. El infractor debe saber que, mediante la liquidación de la pena, ha expiado su culpa, sin temor a una nueva corrección. En caso de exculpación, ha de albergar la certeza de que no se abrirá un proceso ulterior para enjuiciarlo otra vez.

20. Además, no cabe olvidar que toda pena tiende a una doble finalidad represiva y disuasoria. Quiere reprimir una conducta, desalentando a los autores y a otros posibles infractores de la realización de actos jurídicamente reprochables. Ha de guardar proporción con tales propósitos, ofreciendo un equilibrio adecuado para retribuir el comportamiento que corrige, resultando, a la par, ejemplar. El principio de equidad, al que sirve la regla de la proporcionalidad, evita así una adición de condenas.

21. La interdicción del *bis in idem* alberga, pues, dos fundamentos. Por un lado, se revela como una manifestación de la tutela judicial del ciudadano frente al *ius puniendi,* derivada del derecho al proceso debido y al juicio justo, [10] con rango constitucional en algunos Estados involucrados en el Acervo de Schengen. [11] Por otro lado, es una exigencia estructural del sistema jurídico, cuya legitimidad se asienta en el respeto de la cosa juzgada. [12]

22. La anterior dualidad ha de guiar la respuesta a las preguntas del Hof van Cassatie, atendiendo también al objetivo del artículo 54 del Convenio.

B. *La finalidad del* ne bis in idem *en el marco de Schengen*

23. El mencionado precepto, [13] que reconoce validez internacional al principio *ne bis in idem,* contiene una regla al servicio de la integración europea, creando un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia.

24. La supresión gradual de los controles en las fronteras supone un paso inevitable hacia ese espacio común, aunque tal eliminación de obstáculos administrativos favorece a todos, también a quienes aprovechan la disminución de la vigilancia para extender sus actividades ilícitas.

25. Por dicha razón, se hace imprescindible un incremento de la cooperación, singularmente en materia de policía y de seguridad, entre los Estados, que se convierten así en protagonistas de la lucha contra el crimen en el conjunto de la sociedad europea, colaborando en la estabilidad del orden. Pero esta

10 — Cabría incluso defender que la prohibición de *bis in idem* protege la dignidad de la persona frente a tratos inhumanos y degradantes, pues la práctica de reprimir repetidamente una misma contravención merece tal calificativo.

11 — En cuanto garantía individual se halla recogida en acuerdos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14, apartado 7), o el Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 4). Estos textos, sin embargo, contemplan el principio en su dimensión doméstica, asegurando su vigencia dentro de la jurisdicción de un Estado. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo que el artículo 14, apartado 7, del citado Pacto Internacional no se aplica a las *res iudicata* extranjeras (UN Human Rights Committee, 2 de noviembre de 1987).

12 — Estos aspectos los ha subrayado Vervaele, J.A.E.: «El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo», en *Revista General de Derecho Europeo,* nº 5, octubre de 2004 (www.iustel.com).

13 — Tiene su precedente en el Convenio de Bruselas de 25 de mayo de 1987, relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem,* de escaso éxito, pero con el mérito de haber inspirado los artículos 54 a 58 del Convenio, como ha destacado Blanco Cordero, I.: «El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea», en *Diario La Ley,* nº 6285, de 30 de junio de 2005.

mayor contundencia en la persecución de las infracciones ha de lograrse sin merma de las garantías inalienables en una sociedad democrática de derecho.

26. A este último empeño contribuye el artículo 54 del Convenio, que, en los términos de las sentencias Gözütok y Brügge y Miraglia, ya aludidas, asegura la libre circulación de los ciudadanos en el seno de la Unión (apartados 38 y 32, respectivamente), designio marcado por el artículo 2 UE, párrafo primero, cuarto guión.

C. *La aplicación en el tiempo del artículo 54 del Convenio (la primera cuestión prejudicial)*

27. El Acervo de Schengen obliga a Bélgica desde el 1 de mayo de 1999 y a Noruega a partir del 25 de marzo de 2001. La operación por la que se inculpa al Sr. Van Esbroeck se desarrolló los días 31 de mayo y 1 de junio de 1999, condenándosele en el país nórdico el 2 de octubre de 2000 como autor de un delito de importación ilegal de sustancias prohibidas y, en el otro Estado, el 19 de marzo de 2003, en cuanto responsable de exportación ilícita de idénticos productos.

28. A la vista de este devenir cronológico, el tribunal de reenvío se pregunta si la prohibición de doble incriminación recogida en el artículo 54 del Convenio, que carecía de vigencia en Noruega cuando se dictó la primera sentencia, podría enervar una ulterior pena en Bélgica.

29. Conviene constatar que en el Acervo de Schengen no hay ninguna previsión específica acerca de la entrada en vigor del artículo 54 del Convenio ni sobre sus efectos en el tiempo.

30. La solución a la duda interpretativa del órgano jurisdiccional remitente, en la que, con excepción del Gobierno eslovaco, coinciden todos los que han participado en el proceso prejudicial, surge, sin más, de la esencia y de los cimientos del *ne bis in idem*.

31. Calificado como un derecho individual material encaminado a que nadie, tras cometer una infracción y haber pagado su culpa, sea perseguido y corregido de nuevo, se perfecciona cuando tales presupuestos se consolidan, momento en el que nace, como reverso de la misma moneda, la obligación del poder público de abstenerse de toda reacción represora. El enjuiciamiento definitivo anterior desempeña el papel de premisa para la entrada en escena del principio.

32. Pues bien, la justicia belga impulsó un proceso penal contra el Sr. Van Esbroeck y lo sancionó, no obstante la existencia de una sentencia condenatoria extranjera, cuando el

artículo 54 del Convenio vinculaba a ambos Estados. En estas circunstancias, sugiero al Tribunal de Justicia aclarar al Hof van Cassatie que el precepto referido rige en una situación como la del litigio principal.

34. Entendido el artículo 54 del Convenio en su dimensión procesal, la solución es idéntica, pues, salvo disposición expresa en contrario, las reglas de ese cariz regulan los procedimientos iniciados tras su entrada en vigor y el litigio principal se incoó en Bélgica después de que el repetido precepto fuera vinculante en ese país y en Noruega.

33. En las repetidas conclusiones de los asuntos Gözütok y Brügge, he defendido (punto 114) que la prohibición del *bis in idem* no reviste naturaleza procedimental, integrando, por el contrario, una garantía sustantiva en los sistemas jurídicos que, como los de los socios de la Unión Europea, se cimientan sobre el reconocimiento a la persona de un conjunto de derechos y de libertades frente a los poderes públicos. [14] En esta línea, aunque se considerara que, a los fines del mencionado principio, el marco jurídico de la segunda causa es el vigente cuando se celebró la primera o, incluso, el que regía al tiempo de perpetrarse el delito, debería aplicarse retroactivamente el marco normativo actual por ser más beneficioso para el reo, de acuerdo con un axioma básico de política criminal comúnmente admitido en dichos sistemas jurídicos.

D. *La definición de* idem *(la segunda cuestión prejudicial)*

1. Unas precisiones liminares

35. El órgano jurisdiccional remitente pide que se matice el alcance de la expresión «los mismos hechos», contenida en el artículo 54 del Convenio.

36. La tarea de dilucidar si unos hechos por los que se abre una causa penal coinciden con los de otra anterior pertenece a las entrañas de la función de juzgar, para la que sólo estaría capacitado el juez que, con inmediación, conoce la realidad sobre la que proyectar su apreciación, sin perjuicio de la revisión procedente en una segunda instancia.

14 — Queralt Jiménez, A.: *La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español* (tesis doctoral en proceso de elaboración), indica que el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 2/2003, de 16 de enero *(Boletín Oficial del Estado* nº 219 de 2003), permite distinguir una doble vertiente en la prohibición de *bis in idem*: la material, que se refiere a la imposibilidad de punir dos o más veces a una persona por un comportamiento, con independencia de que los castigos se impongan dentro del mismo orden sancionador o en el seno de un único procedimiento, y la procesal, que veda un nuevo juicio sobre un hecho respecto del que ya ha recaído resolución firme, condenatoria o absolutoria, protegiendo la fuerza de cosa juzgada de las resoluciones judiciales. Añade, como derecho autónomo, la interdicción del doble proceso penal, perteneciente al universo del derecho a un juicio justo, pero que, de manera mediata, influye en el *ne bis in idem*.

37. El Tribunal de Justicia, por tanto, ha de eludir la tentación de suplantarlo. Su función se constriñe a suministrar unos criterios interpretativos que, atendiendo a los fundamentos y a la finalidad de la norma, señalen la dirección más conveniente para alcanzar un tratamiento uniforme en todo el territorio de la Unión Europea.

38. En este estadio del análisis, confieso que una apresurada lectura de la segunda proposición del Hof van Cassatie me incitó a embarcarme en la labor de definir los contornos del concepto jurídico indeterminado los «mismos hechos», para decantar, desde el derecho comunitario, unas pautas autónomas con las que avanzar un criterio general para afrontar los eventuales supuestos que surgieran en el futuro.

39. El empeño, además de presuntuoso, resultaría imposible, pues la contingencia de las políticas criminales y la naturaleza del enjuiciamiento penal dificultan las construcciones de valor universal, de tal suerte que un planteamiento útil en relación con algunas figuras delictivas o respecto de ciertas formas de participación puede ser inadecuado para otras. [15]

40. Parece más sensato situarse en una posición intermedia, que, sin sumergirse en los hechos del proceso principal, sopese las circunstancias particulares del caso, para ayudar al juez nacional con unas reglas destinadas a resolver el litigio de conformidad con el espíritu de la norma cuya interpretación se interesa en este trámite prejudicial.

2. La dimensión estrictamente factual del concepto

41. Esta aproximación ecléctica está latente en la pregunta del Hof van Cassatie cuando pretende averiguar si, a los efectos del artículo 54, el traslado ilícito de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas entre dos países signatarios del Convenio constituye «los mismos hechos» o si, por el contrario, cabe que cada Estado lo castigue como una infracción distinta.

42. La relevancia de esta cuestión resulta evidente, no tanto por la complejidad jurídica que reviste, sino porque en esa forma de criminalidad se repiten con frecuencia comportamientos semejantes. La

15 — Dannecker, G.: «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid 2004, pp. 157 a 176, subraya las modulaciones de ese principio al enfrentarse con relatos concernientes a la cooperación entre grupos criminales o a ciertos delitos continuados, como la tenencia ilícita de armas (p. 168).

doctrina había anunciado tales problemas [16] y la realidad los ha confirmado. [17]

43. Se trata, pues, de delimitar la noción del segundo elemento de la máxima *ne bis in idem,* para lo que conviene situarse en un triple punto de mira: el de atender a los hechos, sin más, el de centrarse en su calificación jurídica o el de poner el acento en los bienes tutelados con el tipo penal.

44. Una aproximación lingüística avala la primera posibilidad. La versión española del Convenio, donde se lee «por los mismos hechos», no ofrece dudas; los textos alemán, francés, inglés, italiano y neerlandés («wegen derselben Tat», «pour les mêmes faits», «for the same acts», «per i medesimi fatti» y «wegens dezelfde feiten», respectivamente) tampoco se prestan a la polémica, pues todos aluden al *idem factum,* al conjunto de acontecimientos que se enjuician, como fenómeno histórico que el juez ha de apreciar, anudando las consecuencias pertinentes en derecho.

45. Esa posición se afianza si se acude al fundamento y al sentido de esta garantía básica de los ciudadanos: la libre circulación en el espacio Schengen exige que el responsable de un acto sepa que, una vez condenado y cumplida la pena o, en su caso, definitivamente absuelto en un Estado miembro, puede trasladarse en ese territorio sin miedo a que se le persiga en otro Estado, aduciendo que aquel comportamiento integra en su ordenamiento jurídico una transgresión distinta. Si se admitiera este último planteamiento, el designio del artículo 2 UE, párrafo primero, cuarto guión, resultaría ilusorio y se alzarían en el espacio interior tantas barreras a esa libertad como sistemas penales existentes, los cuales, además, pese a los afanes armonizadores de las decisiones marco aprobadas por el Consejo de la Unión, presentan una fuerte impronta nacional.

46. Por idénticas razones, ha de rechazarse también el criterio del bien jurídico protegido, pues se encuentra tan vinculado a las legítimas opciones de las políticas criminales estatales que permitiría castigar en repetidas

16 — Vervaele, J.A.E., *op. cit,* remarcó que, después de la sentencia Gözütok y Brügge, quedaban en la agenda temas cruciales, como la precisión del *idem.* Van den Wyngaert, C., y Stessens, G.: «The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions», en *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 48, octubre de 1999, p. 789, se plantean si, en el tráfico ilegal de drogas entre dos países, el sujeto activo comete dos delitos, uno de exportación y el otro de importación. Dannecker, G., *op. cit.,* pp. 167 y 168, utiliza el mismo ejemplo.

17 — En el asunto C-493/03, Hiebeler, la Cour d'appel de Burdeos quería saber si, a los fines de la prohibición del *bis in idem,* el transporte transfronterizo de una cantidad de estupefacientes entraña hechos diferentes, punibles en los respectivos Estados miembros. El Tribunal de Justicia no se pronunció porque el incidente prejudicial se archivó en auto de 30 de marzo de 2004, por pérdida de objeto del proceso principal. En términos similares se han dirigido al Tribunal de Justicia el Rechtbank 's-Hertogenbosch (tribunal de dicha ciudad de Brabante) (asunto C-150/05, Van Straaten) y el Hof van Beroep te Antwerpen (asunto C-272/05, Bouwens), siempre en relación con el ilícito comercio internacional de drogas. Ambos reenvíos se encuentran en tramitación.

ocasiones una misma conducta, frustrando la aspiración del artículo 54 del Convenio.

47. Si, en lugar de los simples hechos, se ponderaran los quebrantamientos jurídicos o los valores que se tutelan con su prohibición, el principio *ne bis in idem* nunca operaría en el ámbito internacional. [18]

48. Esa circunstancia explica probablemente que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se impide la doble sanción por un mismo «delito» (artículo 14, apartado 7), y del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que, con igual propósito, se refiere a la «infracción» (artículo 4), [19] documentos ambos que tratan la dimensión doméstica del principio, otros acuerdos, que abordan su dimensión internacional, se sitúen en la posición estrictamente factual. [20] La Iniciativa de la República Helénica para adoptar una decisión marco del Consejo sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* [21] asumió similar criterio, definiendo el *idem* como «un segundo delito penal que solamente se derive, o se derive sustancialmente, de los mismos hechos, con independencia de su carácter jurídico» [artículo 1, letra e)].

49. Por otro lado, en este asunto cabe constatar que los Ministerios belgas del Interior y de Justicia divulgaron el 10 de diciembre de 1998 una circular, [22] aclarando que, en relación con el artículo 54 del Convenio, no se exige la identidad de

18 — Así se expresa Dannecker, G., *op. cit.* p. 175.

19 — La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se muestra contradictoria en este punto; la sentencia de 23 de octubre de 1995, Gradinger c. Austria (asunto 33/1994/480/562; serie A, nº 328-C), postuló la identidad fáctica, abstracción hecha de la calificación jurídica, pero la de 30 de julio de 1998, Oliveira c. Suiza (asunto 84/1997/868/1080; Rec. 1998-V), se decantó por la otra posición. Parecía que la sentencia de 29 de mayo de 2001 (asunto 37950/97), Franz Fischer c. Austria, conciliaba ambos precedentes, basándose en los hechos; pero la sentencia de 2 de julio de 2002, Göktan c. Francia (asunto 33402/96; Rec. 2002-V), recurrió de nuevo al *idem* jurídico.

20 — Los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Ex-Yugoslavia y para Rwanda hablan de «hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario» (artículos 10, apartado 1, y 9, apartado 1, respectivamente). En los Convenios relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO 1995, C 316, p. 49) y 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. 2) aparecen las palabras «por los mismos hechos» (artículos 7, apartado 1, y 10, apartado 1, respectivamente). Sin embargo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 2000, C 364, p. 1) abraza el criterio del *idem crimem* («Nadie podrá ser acusado o condenado por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado penalmente en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley» –artículo 50–), que reproduce el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (artículo II-110) (DO 2004, C 310, p. 1).

21 — DO 2003, C 100, p. 24.

22 — «Circulaire interministérielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire» (*Moniteur belge*, nº 20, de 29 de enero de 1999, p. 2714).

calificaciones jurídicas, sino sólo la de los hechos.[23] Algún tribunal belga ha seguido tal pauta.[24]

3. El caso particular del litigio principal

50. Las reflexiones expuestas se refuerzan si se proyectan sobre las circunstancias del caso controvertido.

51. Es indiscutible que, desde un punto de vista material, el acontecer por el que el Sr. Van Esbroeck fue penado en Noruega coincide con el que sustentaría la acusación y la condena en Bélgica: el traslado clandestino desde un país al otro de una cantidad de drogas durante los días 31 de mayo y 1 de junio de 1999. Esa conducta recibe una calificación jurídica diferente en ambos Estados: exportación en Bélgica e importación en Noruega de dichas sustancias ilícitas. Si el *idem* se estima exclusivamente fáctico, al Sr. Van Esbroeck le ampara el artículo 54 del Convenio, mientras que, si se le otorga una dimensión jurídica, la doble punición resulta posible.

52. Esta última opción se me antoja rechazable por un triple orden de razones. De entrada, aboca a una solución restrictiva, incompatible con la fuerza expansiva propia de las garantías básicas del individuo que protegen su dignidad. Además, se opone frontalmente al objetivo declarado del artículo 54 del Convenio de asegurar la libre circulación ciudadana, al dejar pendiente sobre quien ha pagado su culpa la espada de Damocles de nuevos castigos si traspasa los límites del ordenamiento en el que la ha purgado. Por último, es un sarcasmo hablar de importación y de exportación en un territorio regido por un orden jurídico que, precisamente, tiende, en esencia, a arrumbar las fronteras, tanto para las personas como para los bienes.[25]

23 — En las conclusiones del IX Congreso Internacional de Derecho Penal, aprobadas en La Haya el 29 de agosto de 1964, se propuso una aproximación al concepto de *idem* estrictamente fáctica (puede consultarse su texto en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 1965, pp. 184 a 193, en particular, pp. 189 y 190). Los más altos órganos jurisdiccionales de los Países Bajos y de Francia han aceptado este enfoque [sentencias del Hoge Raad, de 13 de diciembre de 1994 *(Ars Aequi*, 1995, p. 720), y de la Cour de Cassation, de 13 de diciembre de 1983 *(Bulletin* nº 340), citadas por Weyembergh, A.: «Le principe *ne bis in idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?», en *Cahiers de droit européen*, 204, nºs 3 y 4, p. 349].

24 — El Tribunal correctionnel de Eupen, en sentencia de 3 de abril de 1995 (publicada en *Revue de droit pénal et de criminologie*, noviembre de 1996, p. 1159), sostuvo que, incluso si la participación de una persona en una operación entre Bélgica y Alemania se desglosara en dos infracciones en virtud del artículo 36 del Convenio único de Nueva York, de 30 de marzo de 1961, sobre los estupefacientes, no debería admitirse la acción pública ejercida ante la jurisdicción belga por la infracción cometida en su país, porque la actuación integra un hecho penal único y su autor ya había sido juzgado en Alemania. Brammertz, S.: «Trafic de stupefiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen», en el mismo número de la revista citada, pp. 1063 a 1081, da cuenta de la jurisprudencia belga antes de la entrada en vigor del régimen de Schengen, contraria a una aplicación internacional del principio *ne bis in idem*.

25 — Para Brammertz, S., *op. cit.*, pp. 1077 y 1078, después de Schengen no cabe defender que el comercio ilícito de drogas entre dos países integrados suponga hechos distintos susceptibles de una doble punición, pues la libre circulación de personas y de bienes comporta un clima de confianza que debe tener repercusiones en el análisis y en la apreciación de un crimen transfronterizo. «¿Por qué entender un tráfico entre Eupen y Lieja como un hecho penal único y dividir el mismo tráfico entre Eupen y Aquisgrán en dos hechos distintos en función de una frontera que, sobre el terreno, no encuentra ninguna concreción material?»

4. El artículo 71 del Convenio

53. Este precepto compromete a los Estados signatarios a tomar las medidas necesarias para reprimir el tráfico ilegal de drogas, de conformidad con los pactos de las Naciones Unidas, en particular, los Convenios sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que obligan a considerar delitos distintos las conductas infractoras si se cometen en países diferentes (artículos 36 y 22, respectivamente).

54. En apariencia, las normas citadas contradicen lo expuesto en los puntos precedentes de estas conclusiones, pero una aproximación detenida a su contenido permite indicar que, lejos de ponerlo en cuestión, lo reafirman.

55. El artículo 71 pretende que los Estados no cejen, en el marco de Schengen, en la batalla contra esa manifestación de criminalidad y, con tal fin, renueva su vínculo con los Convenios sectoriales de las Naciones Unidas. Tiene alcance general y, por tanto, no supone un límite específico al artículo 54.

56. Con esta premisa los referidos acuerdos de las Naciones Unidas han de examinarse en su contexto histórico y normativo, pues sus artículos 22 y 36, cuando constriñen a las partes contratantes a decretar medidas para reprimir las conductas que inciden en aquel ilegal comercio, no lo hacen de manera incondicional, dejando a salvo las limitaciones impuestas por sus respectivos sistemas jurídicos. El artículo 54 del Convenio forma parte del derecho propio de los Estados que lo han rubricado, por lo que aquellos preceptos no pueden enervar su efectividad.

57. Tampoco cabe olvidar que los repetidos Convenios de las Naciones Unidas nacieron para luchar, con repercusión mundial, contra el negocio ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ya que faltaba una respuesta rotunda en todos los países. Esta visión confiere a los mencionados artículos 22 y 36 su verdadero significado, de modo que, perpetrados los hechos en varios Estados compromisarios, se pueda perseguirlos y penarlos en cualquiera, al objeto de que, pese al eventual desfallecimiento de algunos países, los autores no queden impunes. Ahora bien, este enfoque carece de sentido en el espacio Schengen, fundado, según expresé en las conclusiones de los asuntos Gözütok y Brügge (punto 124) y ratificó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 11 de febrero de 2003 (apartado 33), en la recíproca confianza de los Estados miembros en sus sistemas de justicia penal. [26]

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

58. En suma, los referidos artículos tratan de impedir la despenalización material de una conducta, pero, una vez castigada, en los ordenamientos que, como el Acervo de Schengen, admiten la regla *ne bis in idem*, resulta imposible una nueva reprensión. No existe, pues, contradicción entre ambos bloques normativos.

59. Así pues, conforme al artículo 54, en relación con el artículo 71, ambos del Convenio, constituye «los mismos hechos», a los efectos del primero de esos dos preceptos, el traslado de idénticos estupefacientes o sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, entre dos Estados signatarios del Convenio o en los que se ejecuta y aplica el Acervo de Schengen, con independencia de la calificación jurídica que reciba en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

VI. Conclusión

60. A la luz de las anteriores reflexiones, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones suscitadas por el Hof van Cassatie van België que:

«1) El artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen rige, *ratione temporis*, cuando un procedimiento penal se inicia después de su entrada en vigor por unos hechos ya juzgados, siendo irrelevante la fecha en la que se produjo el primer enjuiciamiento.

2) Conforme al citado artículo 54, en relación con el artículo 71 del propio Convenio, tiene la consideración de "los mismos hechos" el transporte de idénticos estupefacientes o sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, entre dos Estados signatarios o dos países en los que se ejecuta y aplica el Acervo de Schengen, hecha abstracción de la calificación jurídica que tal conducta merezca en sus respectivos ordenamientos jurídicos.»