

Traducciones

LA APLICACIÓN TRANSNACIONAL DEL PRINCIPIO “*NE BIS IN IDEM*” (ART. 50 CDFUE, ART. 54 CAAS)\*

Prof. Dr. Martin BÖSE\*\*

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2022

Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2022

**I. Introducción**

El principio “*ne bis in idem*” formula la prohibición de doble castigo o persecución penal, la cual se encuentra garantizada constitucionalmente en el orden jurídico alemán conforme al art. 103 III, GG [Ley fundamental alemana]. Según esta, nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho con base en las leyes penales generales. En este sentido, el art. 103 III, GG establece un obstáculo procesal que conduce a la suspensión del procedimiento (§§ 170 II, 206a I, 260 III, StPO [Código Procesal Penal alemán]). La extinción de la acción pública se produce entonces no solo con respecto a una condena (sanción), sino también en caso de una absolución.<sup>1</sup> Sin embargo, y según la doctrina mayoritaria, el art. 103 III, GG debe interpretarse en el sentido de que solo el proceso penal concluido en Alemania puede constituirse en un obstáculo procesal.<sup>2</sup> Esta comprensión también es seguida por el estándar mínimo de derecho internacional (art. 14 VII, PIDCP,<sup>3</sup> art. 4,

\* Traducción del alemán al español de Juan Pablo Irrazábal (Universidad de Bonn); revisado por Lucía Solavagione (Universidad de Bonn). Publicado originariamente bajo el título: “Die transnationale Geltung des Grundsatzes ‘ne bis in idem’ (Art. 50 GRC, Art. 54 SDÜ)”, en *Ad Legendum*, n.º 2, 2022, pp. 104-110. Se ha mantenido el formato original de citas.

\*\* Titular de cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Europeo en la Universidad de Bonn, Alemania.

<sup>1</sup> BVerfGE 12, 62, 66; Dürig/Herzog/Scholz-Remmert, GG- Kommentar, Art. 103 III, n.º m. 65 [versión: julio 2021] con ulteriores referencias.

<sup>2</sup> BVerfGE 12, 62, 66; BVerfGE 75, I, 15 y s.

<sup>3</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 9 de diciembre de 1966, BGBl. 1973 II 1533.

7.º Protocolo Adicional al CEDH<sup>4</sup>), el cual tampoco concede protección contra una nueva persecución penal en otro Estado distinto al del Estado de la condena.<sup>5</sup>

La razón que se aduce para ello es que los tribunales extranjeros no realizan una valoración jurídica del delito según el derecho penal alemán; por lo tanto, aún existe un interés público en la persecución. No obstante, la condena extranjera debe ser tenida en cuenta en la decisión del tribunal nacional por razones de proporcionalidad.<sup>6</sup> Así pues, por un lado, la pena privativa de libertad ya ejecutada debe ser computada en la pena impuesta por el tribunal nacional en virtud del art. 51 III, StGB. Por otro lado, el proceso penal puede suspenderse en vista de la persecución del delito en el extranjero de acuerdo con el art. 153c II, StPO.

Sin embargo, esta interpretación restringida del principio de “*ne bis in idem*” no está exenta de controversias<sup>7</sup> y en otros sistemas jurídicos las condenas penales extranjeras también pueden fundamentar una extinción de la acción pública [*Strafklageverbrauch*].<sup>8</sup> En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de 1970 sobre el valor internacional de las sentencias penales fue el primer intento de establecer la validez transnacional de la prohibición de doble juzgamiento.<sup>9</sup> Este Convenio solo fue ratificado por unos pocos Estados,<sup>10</sup> por lo que en 1987 los Estados miembros de la Comunidad Europea redactaron otro Convenio sobre la prohibición de doble juzgamiento.<sup>11</sup> La versión contenida en este último fue tomada poco después<sup>12</sup> por el art. 54 del Convenio de

---

<sup>4</sup> Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 22 de noviembre de 1984 (SEV Nr. 117). Este protocolo adicional aún no fue ratificado por Alemania, cfr. el estado actual en: <http://conventions.coe.int> [versión: 19.03.2022].

<sup>5</sup> TEDH, S. del 29 de marzo de 2018 (Recurso Nr. 67521/14 - Krombach/Francia), n.º m. 40; BVerfGE 75, I, 24.

<sup>6</sup> BVerfGE 29, 312, 316; Dürig/Herzog/Scholz-Remmert, GG-Kommentar, Art. 103 III, n.º m. 78 y s. [versión: julio 2021].

<sup>7</sup> Sobre la discusión: Dürig/Herzog/Scholz-Remmert, GG-Kommentar, Art. 103 III, n.º m. y ss. con ulteriores referencias [versión: julio 2021].

<sup>8</sup> Cfr. art. 68 II del Código Penal neerlandés (*Wetboek van Strafrecht*).

<sup>9</sup> Art. 53 del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales del 28 de mayo de 1970 (SEV Nr. 70).

<sup>10</sup> En 1985 solo seis Estados han ratificado el Convenio (Dinamarca, Noruega, Austria, Suecia, Turquía y Chipre). Entretanto, el Convenio se encuentra vigente en otros diecisiete Estados.

<sup>11</sup> Convenio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea sobre la prohibición del doble juzgamiento del 26 de mayo de 1987, BGBl. 1998 II 2227.

<sup>12</sup> Denkschrift der Bundesregierung, ET-Drucks. 13/8195, 9.

Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS),<sup>13</sup> el cual aplicó la supresión de los controles en las fronteras comunes de acuerdo con el Acuerdo de Schengen de 1985. Con el Tratado de Ámsterdam, el Acervo de Schengen se trasladó al marco de la Unión Europea mediante el Protocolo de Schengen.<sup>14</sup>

Así pues, la prohibición de doble juzgamiento forma parte, por un lado, de las medidas de equilibrio reguladas en el Título III, CAAS (“Policía y Seguridad”) para compensar la temida “pérdida de seguridad” como consecuencia de la supresión de los controles fronterizos. Por otro lado, el reconocimiento mutuo de las sentencias penales permite a las autoridades nacionales concentrarse en la persecución de otros delitos que aún no han sido juzgados, de modo que los recursos disponibles puedan ser mejor empleados. En consecuencia, el art. 54, CAAS coordina a las autoridades penales de los Estados signatarios y favorece una persecución penal (colaborativa) más eficaz. A su vez, el art. 54, CAAS amplía un derecho procesal fundamental a una dimensión transfronteriza y, por lo tanto, tiene un componente de protección individual.<sup>15</sup> El carácter de derecho procesal fundamental del art. 54, CAAS se manifiesta especialmente en que el art. 50, CDFUE extiende el ámbito de protección de este derecho fundamental a las condenas “en la Unión” y así también lo dota de una dimensión interestatal.<sup>16</sup>

## II. Presupuestos para la extinción de la acción pública transnacional

El principio de “*ne bis in idem*” fija un obstáculo a la persecución penal transnacional bajo tres presupuestos. En primer lugar, debe existir una sentencia firme (art. 54, CAAS), o condena o absolución (art. 50, CDFUE). En segundo lugar, para el caso de condena, el art. 54, CAAS exige que la sanción impuesta ya se haya ejecutado, se esté ejecutando o que ya no pueda ejecutarse según la legislación del Estado de condena (elemento de ejecución). En tercer lugar, la sentencia firme debe referirse a un mismo hecho (identidad de hecho).

---

<sup>13</sup> Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes del 19 de junio de 1990, BGBl. 1993 II 1010.

<sup>14</sup> Protocolo sobre el Acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea, ABI. 1997 C-340/93.

<sup>15</sup> Sobre la doble finalidad del art. 54 CAAS: Böse, GA 2003, 744, 750 y ss.

<sup>16</sup> Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, ABI. 2007 C 303/ 17, 31.

## 1. Sentencia penal firme

Como se desprende de la redacción del art. 50, CDFUE, no solo la condena, sino también la absolución puede dar lugar a la extinción transfronteriza de la acción pública (cfr. también el art. 54, CAAS: “en caso de condena”).<sup>17</sup> Sin embargo, es cuestionable si el art. 54, CAAS exige una resolución judicial, como así lo sugiere el término “condena”.

*Caso I:*<sup>18</sup> *Se acusa a B de haber cometido el delito de lesiones corporales en Bélgica. Después de que el Ministerio Público alemán suspendió el procedimiento a cambio del abono de una suma en dinero (§ 153a StPO), se presentan cargos contra B por el mismo hecho en Bélgica.*

Con la decisión del Ministerio Fiscal alemán de suspender el procedimiento, el proceso penal concluye definitivamente y, tras el pago de la multa, se excluye la persecución del hecho como delito (cfr. § 223, StGB, § 153<sup>a</sup> I 5, StPO). Sin embargo, la decisión que pone fin al proceso no fue tomada por un tribunal, sino por el Ministerio Público. La palabra alemana *Urteil* [sentencia] y el art. 58 CAAS —que contrariamente al art. 54, CAAS habla expresamente de resoluciones judiciales— sugieren que las resoluciones no judiciales no causan la extinción de la acción pública prevista en el art. 54, CAAS.<sup>19</sup> Por el contrario, el TJUE afirma que el proceso penal concluye finalmente con la decisión del Ministerio Público de archivar definitivamente las diligencias penales y que el delito se castiga con el pago de un monto en dinero.<sup>20</sup> Por su parte, corresponde a los Estados miembros decidir qué tipo de decisiones, conforme a su legislación nacional, constituyen la extinción de la acción pública.

Por tanto, el principio de reconocimiento mutuo expresado en el art. 54, CAAS exige que los demás Estados miembros reconozcan también las resoluciones no jurisdiccionales como un obstáculo para la persecución penal.<sup>21</sup> Por último, esta interpretación también es adecuada en relación con el derecho a la libre circulación (art. 21, TFUE), ya que de lo contrario un ciudadano

---

<sup>17</sup> Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 6.<sup>a</sup> ed. 2021, cap. 12, n.º m. 19.

<sup>18</sup> Según TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (*Gözütok y Brügge*), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 19 y ss. (Brügge).

<sup>19</sup> Véase BGH NStZ 1998, 149, 151 y s.

<sup>20</sup> TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (*Gözütok y Brügge*), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 28 y ss.

<sup>21</sup> TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (*Gözütok y Brügge*), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 32 y s.

de la Unión, cuyo proceso penal haya concluido de la forma descrita, debería temer ser perseguido de nuevo en otro Estado miembro.<sup>22</sup>

Esta decisión no está exenta de críticas. En este sentido, la referencia al “castigo” por medio del abono de un importe en dinero no parece convincente. Pues, según la interpretación alemana predominante del § 153<sup>a</sup>, StPO, no se trata de una pena, sino de una prestación “voluntaria” por parte del inculpado.<sup>23</sup> Sin embargo, desde un punto de vista teleológico no es suficiente centrarse únicamente en la función individual de protección del art. 54, CAAS. Más bien, la extinción de la acción pública tendría que corresponderse también con la función objetiva del art. 54, CAAS, que es promover la eficacia de la administración transnacional de justicia penal.

Para ello, la decisión que ponga fin al proceso debería cumplir requisitos mínimos que garanticen la corrección de esta decisión y que, por tanto, tengan suficientemente en cuenta el interés público de los demás Estados miembros en la persecución penal. En este sentido, una providencia de sobreseimiento del Ministerio Público (alcance del deber de información, oralidad, deber de motivación), queda claramente por detrás de una resolución judicial (“sentencia”).<sup>24</sup> Por otra parte, el interés público en la persecución tiene relevancia para los tipos penales graves (“crímenes”), dado que posibilita la reapertura del proceso penal en Alemania (cfr. § 153a I 5, StPO). Asimismo, y en caso necesario, el interés público también limita el alcance de la extinción de la acción penal a través de un concepto normativo de hecho (véase el apartado III). No toda decisión que ponga fin a un proceso constituye un obstáculo procesal en los términos del art. 54, CAAS, tal como lo demuestra el

*Caso 2:*<sup>25</sup> *La investigación contra A en los Países Bajos por la venta de estupefacientes se ha suspendido considerando las diligencias preliminares iniciadas en Alemania por el mismo hecho (cf. § 153c II StPO). ¿Esta*

---

<sup>22</sup> TJUE, As. C-187/01 y C-385/01 (Gözütok y Brügge), Rec. 2003, I-1345, n.º m. 40.

<sup>23</sup> Löwe-Rosenberg-*Mavany*, StPO, 27ª ed., 2020, § 513a, n.º m. 10 con ulteriores referencias; crítico: *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, p. 565 y ss.

<sup>24</sup> *Radtke/Busch*, EuGRZ 2000, 421, 427 y ss.

<sup>25</sup> Según TJUE, As. C-469/03 (Miraglia), Rec. 2005, I-2009; As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9199.

*suspensión impide una condena en Alemania? ¿Cómo sería el caso si A hubiera sido absuelto por un tribunal por prescripción?*

El TJUE negó la existencia de una condena firme en la primera cuestión, ya que, en vista del art. 54, CAAS, la suspensión del proceso tuvo lugar debido al inicio de acciones penales en otro Estado miembro y sin que se haya efectuado valoración alguna en cuanto al fondo del hecho atribuido al inculpado.<sup>26</sup> La aplicación del art. 54, CAAS tendría entonces como consecuencia que ya no se podría dictar una decisión sobre el fondo, aunque la suspensión se decida precisamente en vista de otra resolución —que se espera en otro Estado miembro— sobre el fondo.<sup>27</sup> Esta interpretación sigue la *ratio* jurídico-objetiva del art. 54, CAAS (coordinación de las autoridades penales nacionales, eficacia de la persecución penal transnacional). La función de protección del individuo no implica una mayor protección del inculpado, ya que en el presente caso se trata de hacer posible, en primer lugar, el enjuiciamiento a efectos de una decisión sobre el fondo. Por el contrario, en la segunda cuestión, el TJUE puso en primer plano la función de protección individual de conformidad con el art. 54, CAAS. El principio de seguridad jurídica y el derecho a la libertad de circulación exigen que la absolución operada por la prescripción se reconozca como una sentencia firme.<sup>28</sup> Al igual que en la providencia de sobreseimiento del Ministerio Público, el TJUE se remite al principio de reconocimiento mutuo, el cual se aplica independientemente de la armonización del derecho penal y procesal penal nacional.<sup>29</sup>

Sin embargo, el criterio de la decisión de fondo desarrollado por el TJUE habla en contra de una aplicación del art. 54, CAAS a la segunda cuestión. Pues, en el caso de absolución por prescripción no se decide precisamente sobre la culpabilidad o inocencia del inculpado, sino que la decisión que pone fin al proceso se basa en un obstáculo procesal.<sup>30</sup> En consecuencia, se objeta que no estaría justificado situar al perseguido en una mejor posición solo porque el Ministerio Público no haya determinado la prescripción y aun así haya formulado la acusación.<sup>31</sup> Por otra parte, a favor

---

<sup>26</sup> TJUE, As. C-469/03 (Miraglia), Rec. 2005, I-2009, n.º m. 30.

<sup>27</sup> TJUE, As. C-469/03 (Miraglia), Rec. 2005, I-2009, n.º m. 33 y s.

<sup>28</sup> TJUE, As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9199, n.º m. 28.

<sup>29</sup> TJUE, As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9199, n.º m. 29 y s.

<sup>30</sup> Conclusiones de la Abogada General Sharpston del 15 de junio de 2006, As. C-467/04 (Gasparini), Rec. 2006, I-9203, n.º m. 85 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. *Klip*, *European Criminal Law*, 4.ª ed., 2021, p. 362.

de la interpretación del TJUE se sostiene que la distinción entre una decisión sobre el fondo (sentencia) y una decisión sobre el proceso (suspensión) no siempre es factible, y que las consideraciones de economía procesal son a veces decisivas para que se adopte o no una decisión sobre el fondo.<sup>32</sup>

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, hay que partir entonces de un ámbito de aplicación relativamente amplio del art. 54, CAAS. Este abarca las decisiones de los tribunales y de los ministerios públicos que definitivamente concluyen el proceso y que dan lugar a la extinción de la acción pública (al menos limitada) conforme a la legislación interna de un Estado.<sup>33</sup> En cambio, las resoluciones que ponen fin a un proceso y que, según el derecho del primer Estado persecutor (Estado de condena), permiten una reapertura o continuación del proceso, tampoco pueden constituir un obstáculo para la persecución en otros Estados.<sup>34</sup>

Por lo tanto, en el Derecho alemán, el resultado de un procedimiento abreviado [*Strafbefehl*] debe considerarse como una condena definitiva en el sentido del art. 54, CAAS (véase el § 410 III, StPO; cfr. § 373<sup>a</sup>, StPO).<sup>35</sup> Esto también se aplica con respecto a la decisión de no apertura del proceso principal [*Nichteröffnungsbeschluss*] de conformidad con el § 204, StPO, como también respecto de la solicitud de desestimación de la causa penal, ya que el proceso penal solo podrá reanudarse en consideración a nuevos hechos o pruebas (§§ 211, 174 II StPO).<sup>36</sup> Por el contrario, otras decisiones de suspensión del proceso dictadas por el Ministerio Público (§§ 153 I, 154 I, 170 II StPO) no establecen protección contra una nueva persecución en otro Estado miembro debido a que no causan efecto (interno) de cosa juzgada.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Similar *Dannecker*, EuZ 2009, 110, 116; cfr. Conclusiones de la Abogada General Sharpston del 15 de junio de 2006, Rec. 2006, I-9203, n.º m. 90, quien afirma la aplicación del art. 54, CAAS si la decisión que concluye el procedimiento es (también) precedida por un examen del asunto.

<sup>33</sup> TJUE, As. C-491/07 (Turanský), Rec. 2008, I-11039, n.º m. 34 y s.; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 181; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 31.

<sup>34</sup> TJUE, As. C-491/07 (Turanský), Rec. 2008, I-11039, n.º m. 38 y s. (sobre la suspensión policial de un proceso contra sospechosos no especificados).

<sup>35</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 33.

<sup>36</sup> TJUE, As. C-398/12 (proceso penal contra M), ECLI:EU:C:2014:1757, n.º m. 41 (sobre la denegación de apertura del proceso principal en Bélgica); OLG Innsbruck NSTz 2000, 663, 665; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 33; otra opinión *Dannecker*, EuZ 2009, 110, 118.

<sup>37</sup> *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5ª ed., 2018, § 10, n.º m. 181; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 33.

Sin embargo, el TJUE recurrió al requisito de una decisión de fondo para limitar el art. 54, CAAS, tal como se observa en el

*Caso 3:*<sup>38</sup> *La fiscalía alemana investiga a K como sospechoso de haber cometido extorsión agravada en Hamburgo. Tras su fuga, K es detenido en Polonia. Allí se inició otro proceso penal y se solicitó a Alemania una copia del expediente de investigación. Poco después, el proceso penal en Polonia se suspendió porque el acusado se negó a declarar y los testigos que vivían en Alemania no pudieron ser interrogados, por lo que no había suficientes elementos incriminatorios contra el inculpado. Cuando las autoridades alemanas solicitaron la extradición de K sobre la base de una Orden de Detención Europea, la autoridad polaca refirió que la decisión de archivar el caso causó la extinción transnacional de la acción pública, ya que una nueva persecución por el mismo hecho solo es permisible, según el derecho procesal polaco, si surgen nuevos hechos o pruebas.*

El TJUE negó la extinción transnacional de la acción pública de conformidad con el art. 54, CAAS, ya que el proceso se había suspendido sin que se realizaran más actos investigativos y, por tanto, no se había adoptado ninguna resolución sobre el fondo del asunto que fuera suficiente para ser calificada como resolución firme. La confianza mutua, que es decisiva para el reconocimiento de una resolución que pone fin al proceso, solo puede prosperar si el segundo Estado persecutor puede asegurarse de que la resolución dictada en el primer Estado persecutor cumple los requisitos del art. 54, CAAS y contiene un examen del fondo.<sup>39</sup> Esta decisión fue ampliamente aceptada.<sup>40</sup>

Así pues, en vista de las particularidades del caso concreto, parece bastante comprensible que se dé prelación al interés público de la persecución penal por sobre la protección del inculpado frente a una nueva persecución. Sin embargo, la exigencia de un examen suficiente (!) del fondo conlleva una inseguridad considerable en la aplicación del art. 54, CAAS, que permite al segundo

---

<sup>38</sup> Según el TJUE, As. C-486/14 (Kossowski), ECLI:EU:C:2016:483, n.º m. 12 y ss.

<sup>39</sup> TJUE, As. C-486/14 (Kossowski), ECLI:EU:C:2016:483, n.º m. 52 y ss.

<sup>40</sup> BGH NJW 2016, 3044, 3045; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5ª ed., 2018, § 10, n.º m. 181; *Gaede*, NJW 2016, 1942; *Böse-Radtke*, Europäisches Strafrecht (EnzEuR Bd. 11), 2ª ed., 2021, § 12, n.º m. 45; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9ª ed., 2020, § 10, n.º m. 80.



Estado persecutor corregir las decisiones erróneas “evidentes” del primer Estado persecutor en un nuevo proceso penal.<sup>41</sup> Por el contrario, parece preferible dejar esta corrección en manos del primer Estado persecutor, ya que allí la continuación del proceso penal aún es posible conforme a su derecho procesal y, dado el caso, se le pueden vincular los resultados ya existentes de la investigación.<sup>42</sup>

Que en el caso resuelto por el TJUE no haya motivos suficientes para esperar una reapertura de la investigación en el primer Estado persecutor, se debe principalmente a que el hecho objeto del proceso fue cometido en el extranjero. Por tanto, la persecución en el lugar de la comisión del hecho (Alemania) parece más adecuada debido a las pruebas ya disponibles allí. Entretanto, esta particularidad también puede tenerse en cuenta sin que sea necesaria una modificación del concepto de sentencia penal firme. Para ello, se debe atender a las excepciones previstas en el art. 55, CAAS o bien a la transferencia del proceso penal —iniciado en el primer Estado persecutor— al Estado en cuyo territorio se ha cometido el hecho.<sup>43</sup> Entonces, por un lado, el agotamiento de la acción penal quedaría limitado por las excepciones previstas al respecto. Mientras que, por otro lado, se preservaría la concentración de competencias previstas por el art. 54, CAAS para el primer Estado persecutor.

## 2. Elemento de ejecución

### a. Compatibilidad con el art. 50, CDFUE

Como parte del derecho primario, el art. 50, CDFUE tiene prelación sobre el derecho secundario; es decir, sobre la formulación del principio “*ne bis in idem*” contenida en el art. 54, CAAS. Sin embargo, los derechos fundamentales de la Unión están sujetos a restricciones específicas (art. 52 I, CDFUE). Así pues, cualquier limitación referida al art. 50, CDFUE es admisible siempre que esté prevista por ley, que respete el contenido esencial de los derechos fundamentales y que sea compatible con el principio de proporcionalidad.<sup>44</sup> Ahora bien, dado que el art. 50, CDFUE, a

---

<sup>41</sup> *Gaede*, NJW 2016, 2942; cfr. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 80, quien sugiere admitir esta posibilidad en “casos estrictamente excepcionales”.

<sup>42</sup> *Böse*, ZJS 2016, 245, 248.

<sup>43</sup> Véase al respecto *Böse*, FS-Schomburg, 2018, 49, 59 y ss.

<sup>44</sup> Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, ABI. 2007 C 303/ 17, 31.

diferencia del art. 54, CAAS, no contiene un elemento de ejecución, se plantea la cuestión de si este presupuesto es compatible con el art. 50, CDFUE.

*Caso 4:*<sup>45</sup> *S ha sido condenado en rebeldía por un tribunal italiano a una pena privativa de libertad de un año y al pago de una multa sobre la base de una confesión escrita. Poco tiempo después, el tribunal italiano revocó la suspensión de la ejecución y emitió una orden de detención contra S para el cumplimiento efectivo de su pena. Del mismo modo, se ha iniciado en Alemania la investigación penal contra S por el mismo hecho de estafa y se ha ordenado su prisión preventiva.*

Según el TJUE, la tramitación de un segundo proceso penal en Alemania está permitida, pues así se evita el riesgo de que la persona condenada quede impune. Para alcanzar este fin, sería adecuada y necesaria la sujeción al elemento de ejecución.<sup>46</sup> Sin embargo, esto parece bastante dudoso teniendo en cuenta los instrumentos vigentes de cooperación internacional en materia penal para la ejecución transfronteriza de las sentencias.<sup>47</sup>

En particular, la Orden de Detención Europea<sup>48</sup> (extradición con fines de ejecución de la pena) o la llamada Orden Europea de Ejecución de Penas Privativas de Libertad<sup>49</sup> pueden considerarse medidas menos restrictivas para garantizar la condena del delincuente. Sin embargo, se pueden presentar casos en los que la pena impuesta en el Estado de condena no puede ejecutarse, ni mediante la extradición del condenado, ni mediante la cooperación en la ejecución; p. ej., porque el proceso penal en el Estado de condena no garantiza el cumplimiento de normas mínimas del Estado de Derecho (cfr. §§ 83 I n.º 3, 84b I n.º 2, IRG [Ley alemana de cooperación internacional en materia penal]).<sup>50</sup> Consecuentemente, es asunto del Estado de condena asegurarse de que la

---

<sup>45</sup> Según el TJUE, As. C-129/14 PPU (Spasic), ECLI:EU:C:2014:586.

<sup>46</sup> TJUE, As. C-129/14 PPU (Spasic), ECLI:EU:C:2014:586, n.º m. 51 y ss., 63 y ss.

<sup>47</sup> Véase Hochmayr-Böse, “Ne bis in idem” in Europa, 2015, 171, 172 y ss.

<sup>48</sup> Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, ABL. L 190/1.

<sup>49</sup> Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, ABL. 327/27.

<sup>50</sup> Burchard/Brodowski, StraFo 2010, 179, 181; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 66; véase también BGHSt 56, 11, 15 y s.

sentencia que vaya a ejecutarse cumpla con los presupuestos mínimos del Estado de Derecho. Luego, si en un Estado miembro se ha dictado una sentencia incompatible con estas normas mínimas, ella debe ser corregida por el poder judicial de ese país (y, si es necesario, con la colaboración del poder legislativo) (cfr. § 83 IV, IRG).<sup>51</sup> El Estado miembro en cuestión no puede eludir esta función solicitando a otro Estado miembro que lleve a cabo un nuevo proceso penal.

La posición del TJUE con respecto a que el Estado de condena no está sujeto al deber de asegurar la ejecución transnacional efectiva de las sanciones derivadas de “su” sentencia<sup>52</sup> contradice el ideal de aplicación transfronteriza del principio de “*ne bis in idem*”, según el cual cada Estado miembro reconoce la persecución y el castigo en otro Estado miembro como equivalentes. Esto se aplica igualmente en caso de que no se imponga ninguna sanción (absolución, sobreseimiento definitivo), así como en la renuncia a la ejecución posterior de la pena impuesta (amnistía, indulto, véase el apartado b). Por tanto, no existe ningún interés digno de protección por parte de otros Estados miembros en la ejecución de la pena impuesta en el Estado de condena.

Por el contrario, siguiendo la comprensión del TJUE, el elemento de ejecución abre un considerable potencial de abuso: al “renunciar” a la ejecución, el Estado de condena concibe la posibilidad de una nueva persecución en otro Estado miembro. De este modo, tanto el Estado de condena como el segundo Estado pueden disponer del agotamiento de la acción pública, sea haciéndose cargo de la ejecución transfronteriza de la primera sentencia o bien ordenando la apertura de un nuevo proceso a la espera de una segunda sentencia (¿“más apropiada”?). En otras palabras, el elemento de ejecución impide la extinción transfronteriza de la acción pública no solamente cuando el Estado de condena no puede lograr la ejecución transfronteriza, sino ya cuando él no desea continuar con la ejecución.

## **b. Contenido del elemento de ejecución**

En el caso de que se haya impuesto una sanción (“en caso de condena”), el presupuesto para la extinción de la acción pública de acuerdo con el art. 54, CAAS es que la sanción se haya ejecutado (var. 1), se esté ejecutando (var. 2) o ya no pueda ejecutarse según la legislación del Estado de

---

<sup>51</sup> Cfr. TJUE, As. C-297/07 (Bourquain), Rec. 2008, I-9425.

<sup>52</sup> TJUE, As. C-129/14 PPU (Spasic), ECLI:EU:C:2014:586, n.º m. 69.

condena (var. 3). La primera variante se refiere a los casos en los que la pena impuesta (cumplimiento de la pena privativa de libertad, pago de la multa, cumplimiento efectivo de la prestación voluntaria de acuerdo con el § 153a, StPO) se ha ejecutado en su totalidad.<sup>53</sup>

La sanción se está ejecutando (var. 2) si la ejecución ya ha comenzado, pero aún no ha finalizado. Esto también debe admitirse en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, pues sería incoherente proteger al condenado de una nueva persecución amparada en el cumplimiento ya efectivo de la pena privativa de libertad, pero negar dicha protección para el caso de suspensión de la ejecución de la pena —es decir, para delitos menos graves—. <sup>54</sup> Esto también es convincente puesto que la suspensión de la ejecución puede ser revocada en caso de incumplimiento de las condiciones fijadas para la suspensión (véase § 56f StGB). Por tanto, el condenado vive bajo la espada de Damocles por la posibilidad de tener que cumplir una pena de prisión.<sup>55</sup>

El elemento de ejecución también se observa si la sanción ya no puede ejecutarse con arreglo a la legislación del Estado de condena (var. 3). La exclusión de la ejecutoriedad puede basarse, en particular, en la prescripción, la amnistía o el indulto.<sup>56</sup>

### 3. Identidad de hechos

Por último, el art. 54, CAAS exige que el hecho ya sancionado y el hecho a perseguir sean el mismo. En este sentido, el “hecho” debe interpretarse de manera autónoma como un concepto del Derecho de la Unión para determinar el alcance uniforme de la extinción transnacional de la acción en todos los Estados miembros.<sup>57</sup> Esto plantea la cuestión referida al contenido del concepto europeo de hecho:

---

<sup>53</sup> *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 187; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 83.

<sup>54</sup> TJUE, As. C-288/05 (*Kretzinger*), Rec. 2007, I-6441, n.º m. 42 y s.; igualmente BGH NStZ 2001, 163, 164.

<sup>55</sup> Conclusiones de la Abogada General Sharpston del 5 de mayo de 2006, As. C-288/05 (*Kretzinger*), Rec. 2007, I-6445, n.º m. 49.

<sup>56</sup> *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 191; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, cap. 12, n.º m. 46.

<sup>57</sup> TJUE, As. 436/04 (*van Esbroeck*), Rec. 2006, I-2333, n.º m. 36; As. C-150/05 (*van Straaten*), Rec. 2006, I-9327, n.º m. 48; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 182.

*Caso 5:*<sup>58</sup> *A es condenado en Alemania como autor a una pena privativa de libertad por del delito de importación ilegal de productos estupefacientes desde Bélgica. Tras cumplir su condena, regresa a Bélgica y allí es acusado de exportación de estupefacientes por el mismo supuesto de hecho.*

Al interpretar el art. 54, CAAS, el TJUE parte de un concepto “fáctico” de hecho, el cual es similar al concepto procesal de hecho en la legislación alemana.<sup>59</sup> Así pues, según el TJUE el criterio decisivo para determinar la identidad de hecho consiste en la existencia de un “conjunto de circunstancias de hecho vinculadas indisolublemente entre sí, independientemente de la calificación jurídica y del bien jurídico protegido”.<sup>60</sup>

Este concepto fáctico de hecho se apoya en la redacción del art. 54, CAAS (“*Tat*”, “*faits*”, “*feiten*”) y, además, en que el alcance del principio “*ne bis in idem*”, como expresión del reconocimiento mutuo, no depende de la armonización legislativa del derecho penal material.<sup>61</sup> En consecuencia, la importación y la exportación se refieren a un supuesto de hecho indisoluble y, por lo tanto, constituyen un mismo hecho en el sentido del art. 54, CAAS.

Esta interpretación amplia del concepto de hecho conduce a los problemas que pueden observarse en el

*Caso 6:*<sup>62</sup> *A comete un atraco bancario en Francia y luego huye a través de la frontera a Alemania. Allí es detenido por la policía, que descubre que A no tiene permiso de conducir. Las diligencias preliminares contra A por conducir sin permiso (cfr. § 21 StVG) se suspenden por el pago de una multa según el § 153a StPO.*

La suspensión del proceso en virtud del § 153a, StPO debe considerarse sentencia firme en el sentido del art. 54, CAAS (véase el caso 1). La decisión del caso, por lo tanto, depende crucialmente del concepto de hecho. En la comprensión del TJUE, el robo y la posterior fuga tendrían que considerarse un hecho unitario,<sup>63</sup> de modo que la suspensión del proceso por parte de la justicia

---

<sup>58</sup> TJUE, As. 436/04 (van Esbroeck), Rec. 2006, I-2333.

<sup>59</sup> *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9.ª ed., 2020, § 10, n.º m. 82.

<sup>60</sup> TJUE, As. 436/04 (van Esbroeck), Rec. 2006, I-2333, n.º m. 35 y s.

<sup>61</sup> TJUE, As. 436/04 (van Esbroeck), Rec. 2006, I-2333, n.º m. 29 y s.

<sup>62</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 58, 60.

<sup>63</sup> Cfr. concepto procesal de hecho en el Derecho Procesal Penal alemán: BGH NStZ 1996, 41 y s.

alemana impediría en Francia una (nueva) persecución del “mismo” hecho. El caso de ejemplo pone de manifiesto una vez más los problemas que puede plantear la aplicación del art. 54, CAAS cuando se está frente a resoluciones firmes que se dictan en procedimientos sumarios y que, por lo tanto, conllevan el riesgo de que el injusto realizado no se castigue en su totalidad (véase a. supra). Así, la doctrina propone modificar el concepto de hecho teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas. De este modo, las restricciones de la cosa juzgada en el primer Estado persecutor rigen también en el segundo Estado persecutor.<sup>64</sup> Dado que la extinción de la acción pública conforme al § 153a I 5, StPO no es aplicable a crímenes, entonces según esta posición, el art. 54, CAAS no excluye la persecución por el robo (cfr. § 249, StGB) cometido en Francia.<sup>65</sup>

Empero, el concepto de hecho previsto en el Derecho de la Unión y, por tanto, uniforme (véase más arriba), que también debe atender el presupuesto de las consecuencias jurídicas, habla en contra de la remisión al derecho procesal penal nacional. En consecuencia, el alcance de la extinción transnacional de la acción pública no se debe determinar de acuerdo con el derecho procesal del primer Estado persecutor, sino que resulta directamente del propio art. 54, CAAS (“no podrá ser perseguida”). Como alternativa, el concepto de hecho en el Derecho de la Unión podría complementarse con un criterio normativo (identidad del bien jurídico protegido).<sup>66</sup> Esta restricción es especialmente necesaria si el Estado de condena no ha podido analizar ampliamente el hecho debido a su restringida jurisdicción penal.<sup>67</sup> Con todo, las excepciones previstas en el art. 55, CAAS ofrecen soluciones para este tipo de casos, tal como se expondrá en el siguiente apartado.

### III. Excepciones (art. 55, CAAS)

Según el art. 55, CAAS, en casos específicos previstos taxativamente, los Estados signatarios pueden reservarse el derecho de volver a perseguir un hecho ya juzgado en otro Estado signatario, independientemente de lo dispuesto en el art. 54, CAAS. La República Federal de Alemania ha utilizado esta posibilidad.<sup>68</sup>

En este sentido, es admisible una nueva persecución penal cuando el hecho que motiva la sentencia extranjera haya sido cometido en Alemania, a no ser que también haya tenido lugar en

---

<sup>64</sup> Hecker, FS Heintschel-Heinegg, 2015, 175, 187.

<sup>65</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, cap. 12, n.º m. 60 y s.

<sup>66</sup> Böse, GA 2003, 744, 758 y ss.; afirmativo Ambos, Internationales Strafrecht, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 184.

<sup>67</sup> El caso ejemplificativo podría resultar, sin embargo, del principio de justicia supletoria (§ 7 II n.º 2, StGB).

<sup>68</sup> BGBl. 1994 II 631.

parte en el territorio del Estado de condena (art. 55 I a), CAAS – principio de territorialidad). Además, se excluyen del ámbito de aplicación del art. 54, CAAS aquellos hechos que atenten contra la seguridad del Estado u otros intereses estatales igualmente esenciales (art. 55 I b), CAAS, cfr. §§ 80 y ss., 129, 129a, StGB; cfr. además art. 55 I c), CAAS sobre infracciones de funcionarios públicos).

La consecuencia jurídica de esta reserva es que no hay obstáculo para un nuevo proceso. No obstante, según el art. 56, CAAS, el segundo Estado persecutor está obligado a computar la pena ya impuesta (pena privativa de libertad) o a tenerla en cuenta (otras sanciones, especialmente multas).

Sin embargo, se plantea la cuestión de si esta limitación al principio de “*ne bis in idem*” es compatible con el art. 50, CDFUE (véase más arriba II. 2. a. sobre el elemento de ejecución). El Abogado General Bot respondió de forma negativa a la cuestión referida a la reserva de territorialidad (art. 55 I a), ya que, en su opinión, no respeta el contenido esencial del art. 50, CDFUE.<sup>69</sup> A esta posición se le puede objetar que las reservas son necesarias para proteger el interés de las autoridades penales nacionales en la persecución penal. Esto es así, sobre todo, si determinados aspectos del hecho no pueden ser suficientemente analizados debido al limitado ámbito de protección de los delitos nacionales (art. 55 I b) y c), CAAS), o bien, debido a las restricciones para el ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial (art. 55 I a), CAAS, véase el caso 3). Por ello, en estos casos existe necesidad de una nueva persecución (complementaria) del hecho.

Con la creciente introducción de bienes jurídicos interestatales dentro del ámbito de protección de tipos penales nacionales (por ej., el § 129b o el § 335a I n.º 2, StGB) y, además, con miras a una mejor coordinación de la persecución penal, estas excepciones podrían empero ser prescindibles a mediano plazo. Mientras no estén configurados los presupuestos legales de firmeza de un enjuiciamiento integral en el Estado de condena, la cuestión de la compatibilidad con el art. 50, CDFUE debe ser respondida (todavía) afirmativamente.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Conclusiones del Abogado General Bot del 15 de diciembre de 2015, As. C-486/14 (Kossowski), ECLI:EU:C:2015:812, n.º m. 32 y ss., 68; afirmativo Hecker, *Europäisches Strafrecht*, cap. 12, n.º m. 66; en contra Ambos, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed., 2018, § 10, n.º m. 170; véase también Corte Federal suiza, Sent. del 17 de mayo de 2017 – 6B-482/2017, HRRS 2017 Nr. 840, n.º m. 38 y ss.

<sup>70</sup> Véase Hochmayr-Böse, “*Ne bis in idem*” in Europa, 171, 178 y ss.

