

La Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales

Por D.^a M.^a Isabel González Cano. Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla

Resumen. El presente trabajo estudia la Decisión Marco de 30 noviembre de 2009, que regula un sistema consensuado para la resolución de conflictos de jurisdicción de naturaleza penal. En tal sentido, se trata del análisis y valoración que nos merece este nuevo instrumento que pretende coadyuvar al desarrollo del principio de reconocimiento mutuo en materia penal, ya que, al solventarse el conflicto de jurisdicción, también se previene la alegación del principio *non bis in idem* como excepción al reconocimiento mutuo de resoluciones firmes penales procedentes de otros Estados miembros, y se evitan los adversos efectos de la litispendencia o procesos paralelos sobre los mismos hechos y personas.

Palabras clave. Conflicto de jurisdicción. *Non bis in idem*. Procesos penales. Reconocimiento mutuo.

Summary. The present work studies the Framework Decision of November, 2009, which regulates a system agreed for the resolution of conflicts of jurisdiction of penal nature. To this respect, it is a question of the analysis and valuation that us deserves this new instrument that it tries to contribute to the development of the principle of mutual recognition in penal matter, since on the conflict of jurisdiction having be settled, also bis in gets ready the allegation of the non bis in idem as exception to the mutual recognition of firm penal resolutions proceeding from other members States, and there are avoided the adverse effects of the litispencia or parallel processes on the same facts and persons.

Key words. Conflict of jurisdiction. Mutual recognition. *Non bis in idem*. Penal processes.

I. Antecedentes de la Decisión Marco de 2009

1. El contexto normativo previo y la ubicación del problema

Con fecha de 23 de diciembre de 2005¹, la Comisión Europea aprobó un Libro Verde que tenía por objeto abrir la discusión sobre el tipo de medidas que podrían adoptarse para evitar conflictos positivos de jurisdicción y reforzar el principio de *non bis in idem* en el ámbito de la Unión Europea.

A diferencia de otros Libros Verdes en los que por primera vez se reflexiona sobre un tema a nivel europeo, muchos aspectos relacionados con estas cuestiones ya habían sido, con anterioridad, objeto de discusión, de plasmación normativa, de interpretación por el TJCE, e incluso de negociación en una propuesta específica de Decisión Marco.

Ello nos obliga a referirnos, siquiera brevemente, al contexto normativo e «histórico» de este Libro Verde, que se describe de forma más completa en el docu-

mento de trabajo de los servicios de la Comisión² de la misma fecha, imprescindible para la adecuada comprensión del primero.

El principio *non bis in idem*, según el cual nadie puede ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción, aparece enunciado en tal sentido en instrumentos internacionales como en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o, a nivel del Consejo de Europa, en el art. 4.1 del Protocolo 7 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos³. Sin embargo, bajo estos instrumentos sólo se aplica a nivel nacional, es decir, sólo es exigible dentro de la jurisdicción interna de cada Estado.

A nivel internacional, y pese a indudables avances en la extensión de su aplicación⁴, no existe un reconocimiento general del principio *non bis in idem* con efectos transnacionales, que prohíba a un Estado

1 COM(2005) 696 final.

2 SEC(2005)1767.

3 Firmado, pero no ratificado por España.

4 En el ámbito del Consejo de Europa, el principio *non bis in idem* se recoge algunas veces como motivo de denegación de ciertos mecanismos de cooperación (por ejemplo, en relación con el Convenio Europeo de Extradición de 1957 o el Conve-

dictar una resolución condenatoria, e incluso tramitar un proceso penal, contra quien hubiera sido ya condenado por los mismos hechos en otro Estado diferente, o en dicho Estado ya se esté tramitando causa criminal por los mismos hechos (litispendencia).

En el ámbito de la Unión, el principio *non bis in idem* sí es aplicable a nivel transnacional, conforme a los arts. 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (en adelante, CAAS) firmado por España el 30 de julio de 1993. El artículo 54 del CAAS extiende los efectos del principio *ne bis in idem* al ámbito de los Estados ligados por el Convenio en los siguientes términos: «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»⁵.

Otros instrumentos de la Unión contienen también disposiciones relacionadas con este principio, pero sin el alcance general del CAAS, sino ceñidos a su respectivo ámbito de aplicación⁶. Igualmente, numerosas decisiones marco incorporan disposiciones sobre «jurisdicción extraterritorial» y a continuación establecen, para el caso de concurrencia de jurisdicción de distintos Estados, la obligación de cooperar para centralizar el procedimiento en uno solo, cuando sea posible, e incluso fijan los criterios a tener en cuenta al efecto⁷. El grado de incorporación de este tipo de disposiciones al ordenamiento interno de los Estados es realmente incierto y dispar.

Por último, el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 10 de diciembre de 2000) proclama con carácter general el principio de *ne bis in idem*, aunque carece, como aquélla, de efectos jurídicos vinculantes⁸.

Con la denominación «intentos previos» se refiere el documento de trabajo adjunto al Libro Verde a trabajos relacionados que, con mejor o peor suerte, lo han precedido. Se alude, en primer lugar, a la Comunicación sobre reconocimiento mutuo de decisiones finales en materia penal⁹, donde se suscitó la posibilidad de fijar reglas que permitieran atribuir jurisdicción exclusiva a un solo Estado para cada tipo de caso. Según señala la Comisión, esta posibilidad se examinó en una reunión de expertos en 2001, donde, sin embargo, la mayoría abogó por un sistema más flexible, basado en el caso concreto. Éste es, en efecto, el enfoque que se recoge en los «criterios para determinar qué jurisdicción debe asumir la función enjuiciadora», que aparecen como anexo a los Informes anuales de actividad de Eurojust 2003 y 2004.

En segundo lugar, de mayor interés como precedente resulta la propuesta de «Decisión Marco sobre el *ne bis in idem*»¹⁰, presentada por Grecia durante la presidencia de este país en 2003 y que se negoció durante aproximadamente un año. Su objeto era ir más allá de lo previsto en los artículos 54 a 58 del CAAS, proporcionando normas comunes para la aplicación del *ne bis in idem*, y conteniendo también una disposición expresa sobre litispendencia. Al parecer, uno de los principales escollos con los que tropezó la negociación fue el mantenimiento o la supresión de la posibilidad de introducir excepciones a la aplicación

nio de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos de delito). Además, se proclama (si bien permitiendo numerosas limitaciones) en los artículos 53 a 57 del Convenio Europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales de 1970 y en los artículos 35 a 37 del Convenio Europeo sobre transmisión de procesos penales de 1972, aunque estos instrumentos han sido ratificados por un número inferior a la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea. En el ámbito de Naciones Unidas, los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda y el Tribunal Penal Internacional recogen también este principio, en relación con los crímenes internacionales de que conocen.

5 El artículo 55 autoriza a los Estados a desligarse de los efectos del artículo 54 en una serie de supuestos taxativamente determinados, mediante declaración. El artículo 58 compatibiliza la aplicación de las disposiciones que le preceden con la de posibles normas nacionales más extensivas sobre el efecto *ne bis in idem* vinculado a resoluciones extranjeras.

6 Entre otros, el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (art. 7), o 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 (art. 10), y la Decisión Marco de 13 de junio 2002 sobre la orden europea de detención y entrega.

7 Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002, Decisión marco sobre ataques contra sistemas de información de 24 de febrero de 2005, etc., todas ellas enumeradas en el Apéndice al Documento de trabajo de los servicios de la Comisión SEC(2005)1767 anexo al Libro Verde.

8 El art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión establece que «nadie podrá ser acusado 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». La Carta tiene el valor de una mera proclamación no vinculante, sin perjuicio de su integración en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (art. II-110).

9 COM(2000) 495 final.

10 DOC 100, 26.04.03, pg. 24.

del principio por vía de declaración que recoge el artículo 55 del CAAS¹¹.

El Consejo JAI de julio de 2004 no pudo alcanzar un acuerdo sobre la iniciativa de Grecia y los trabajos se suspendieron, con la declaración de que deberían proseguir «a la luz de la publicación de la comunicación de la Comisión sobre los conflictos de jurisdicción, a fin de garantizar la realización del valor añadido demostrado».

Ello explica el enfoque del Libro Verde de la Comisión de 2005, que se centra en la vertiente procesal del principio (la litispendencia o lo que se denomina prevención de conflictos de jurisdicción), tratando con menos convicción la posible aclaración o revisión de los correspondientes artículos del CAAS.

En todo caso, los trabajos en la materia aún desarrollan el Plan de Acción de Viena de 3 de diciembre de 1998¹², y responden al Programa de reconocimiento mutuo de 29 de noviembre de 2000 (puntos 2.3 y medidas 1 y 11). Igualmente, el Programa de La Haya se refiere específicamente al principio *ne bis in idem* en el marco del programa de medidas destinadas a poner en marcha el principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal.

Por otra parte, con carácter previo, conviene también enmarcar el debate que plantea el Libro Verde de 2005 en relación con debates precedentes, en lo que atañe a los conflictos de jurisdicción.

Al hilo de la discusión sobre la creación de Eurojust o sobre la Fiscalía Europea, se ha puesto de manifiesto una divergencia entre los Estados miembros sobre el enfoque que merece la resolución de este tipo de conflictos. Por una parte, ciertos Estados miembros (especialmente nórdicos y anglosajones) se han venido pronunciando por lo que podrían denominarse «métodos informales de resolución de conflictos de jurisdicción», basados en los contactos entre autoridades y concentración acordada de las investigaciones. De otro lado, los Estados con una aplicación más rigurosa del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal (entre los que estaría España) han manifestado sus dudas sobre la idoneidad y suficiencia de este modelo informal y consensuado.

El planteamiento del documento de la Comisión (Libro Verde), en especial en el más extenso *addendum*

elaborado, es un tanto limitado, en tanto que parece desconocer la variedad de elementos de los distintos sistemas penales europeos, dando por sentado principios y facultades de actuación que son, sobre todo, propios del sistema anglosajón.

Por ello, antes de referirnos a las cuestiones concretas del Libro Verde y de la Decisión Marco de 2009, hay que llamar la atención sobre la necesidad de analizar el problema a la luz de las diversas tradiciones jurídicas y sistemas penales de los Estados miembros. Es decir, para referirnos a los conflictos de jurisdicción, hay que estudiar previamente en los diversos Estados temas tales como la aplicación del principio de oportunidad o sólo el de legalidad; las facultades instructoras de las fiscalías; la existencia o no de la figura del juez instructor; el posible ejercicio de la acción penal por la víctima o por otros interesados; la facultad de disposición de la jurisdicción; o los criterios reglados o facultativos de atribución de competencia jurisdiccional.

Un enfoque acertado de la reflexión que se pretendió iniciar por la Comisión con este Libro Verde de 2005 exigiría contemplar esta diversidad y sus distintas variantes en todos los Estados miembros, en lugar de pretender ignorarlo, como se deduce de su contenido.

Sin embargo, la propuesta de la Comisión pareció optar por atajar un problema concreto, como es la potencial persecución del mismo delito en más de un Estado miembro y su incidencia sobre el derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sin proponer un enfoque sistemático sobre el sistema institucional de Justicia Penal Europea hacia el que nos dirigimos.

Bien es cierto que, aunque luego las propuestas de medidas concretas hayan de optar por un enfoque gradual y equilibrado entre los distintos sistemas nacionales, el Libro Verde y el debate que abrió era el momento procedimental adecuado para realizar ese tipo de reflexión general, sin dejarse llevar por la tentación de buscar una solución que, a medio y largo plazo, no fuera congruente con un sistema.

Y los rasgos básicos de este sistema deberían ser la necesidad de establecer unos criterios precisos de competencia jurisdiccional; el rechazo a fórmulas de

11 Art. 55.1: «En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los supuestos siguientes:

- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en este último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia;
- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante;
- cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo».

12 DOC 19, de 23.1.1999, pg. 1, punto 49.

resolución meramente informales; la necesidad de regular específicamente la suspensión, traslado y archivo de los procedimientos penales por seguirse el procedimiento en otro Estado miembro con competencia preferente para la persecución del mismo delito; y la creación de un verdadero mecanismo de resolución de conflictos.

Como veremos a continuación, ni el Libro Verde de la Comisión ni la definitiva Decisión Marco de 2009 atajan el problema desde esta perspectiva integral.

2. El sistema ideado en el Libro Verde de la Comisión Europea, en materia de conflicto de jurisdicción y mecanismo de elección de la misma, y del principio *non bis in idem*

El Libro Verde de 2005 se dividía en cuatro epígrafes, que son los antecedentes, la creación de un mecanismo de elección de la jurisdicción, el principio *non bis in idem* y el fortalecimiento del principio de reconocimiento mutuo.

Dentro de los antecedentes, la Comisión señalaba, como veíamos en páginas anteriores, que el principio *non bis in idem* establecido en el CAAS no evita que puedan existir varios procesos penales en curso, por el mismo asunto, en dos o más Estados miembros. Su aplicación produce un efecto arbitrario e insatisfactorio de asignación de jurisdicción, pues implica dar preferencia por simple «orden de llegada» al órgano jurisdiccional que primero dicte una resolución definitiva. La Comisión sugiere como respuesta a los conflictos «positivos» de jurisdicción entre Estados miembros, cada vez más frecuentes a medida que la delincuencia adquiere una dimensión internacional, la creación de un mecanismo para la elección de la jurisdicción más adecuada, así como la posible revisión de las normas en materia de *non bis in idem*.

El meollo del Libro Verde lo constituye la descripción del posible mecanismo de elección de la jurisdicción, para cuyo funcionamiento entiende la Comisión que son requisitos previos que las autoridades judiciales de un Estado miembro conozcan los procedimientos o resoluciones adoptados en otro y, a la vez, que puedan no iniciar o interrumpir un proceso, cuando el mismo asunto se esté enjuiciando en otro Estado miembro.

El procedimiento que propone la Comisión para la resolución del conflicto de jurisdicción se divide en fases, cuyo contenido esencial es el siguiente:

a) Identificación de las «partes interesadas», a cuyo efecto se podría imponer a las autoridades nacionales que hayan iniciado o vayan a iniciar un proceso penal en un asunto, que muestre «vínculos significativos» con otros Estados miembros, la obligación de informar a las autoridades competentes de éstos, posiblemente fijando un plazo para que

manifiesten si tienen interés en perseguir la infracción.

b) Consulta/debate directo entre las autoridades de los Estados miembros interesados en enjuiciar el mismo asunto. En caso de acuerdo, una de ellas dejará de conocer, interrumpiendo el procedimiento o tomando la decisión de no iniciarlo, con arreglo a su legislación nacional. Para evitar la reapertura del debate, las autoridades podrían suscribir un acuerdo obligatorio conforme a un modelo europeo preestablecido.

c) Solución de controversias/mediación. Si no hubiera acuerdo se podría prever la intervención como mediador de un organismo de la UE (Eurojust o un nuevo órgano *ad hoc*, que podría ser un consejo o grupo compuesto por jueces o fiscales nacionales con experiencia). Si existe consenso, se procedería a interrumpir voluntariamente el procedimiento o a celebrar un acuerdo obligatorio.

d) Decisión obligatoria: sólo «a largo plazo» decía la Comisión que podría considerarse la posibilidad de una fase adicional en la que se facultara a un órgano de la UE para adoptar una decisión obligatoria sobre la jurisdicción más adecuada. Entre tanto, si el mecanismo anterior no permitiera alcanzar un acuerdo, operaría el principio del *non bis in idem* a favor del procedimiento en el que se hubiese dictado antes sentencia firme.

También se refiere la Comisión, en forma un tanto oscura, al papel de las partes y el control jurisdiccional del procedimiento propuesto. En la etapa anterior al juicio, parece concluir que bastaría con informar a las personas interesadas de las razones principales por las que se eligió una jurisdicción determinada. En la etapa de juicio, el órgano enjuiciador decidiría sobre su propia competencia y podría no acatar la decisión por la que se elige una jurisdicción determinada si la considera arbitraria. La Comisión llama a esto «control jurisdiccional de la adjudicación», que podría basarse en que el asunto esté bien fundado y se ajuste a derecho, e incluso imponerse a través de una disposición comunitaria. La Comisión también considera necesario prever un recurso judicial, a instancia de la persona interesada, contra la asignación de jurisdicción, al menos en los casos en que se haga a través de un acuerdo obligatorio. Si en algún momento se llegara a la llamada «fase adicional», el control jurisdiccional sería indispensable, pudiéndose en tal caso considerar la posibilidad de modificar el marco jurídico existente para atribuir dicha función al TJCE.

El mecanismo de asignación de jurisdicción debería ir acompañado de lo que la Comisión llama una «norma de prioridad» por la que se obligue a los Estados miembros a concentrar los procedimientos relativos a un asunto en una jurisdicción «principal».

La Comisión entiende que el momento más adecuado para hacer surgir esta obligación es el de presentación del escrito de acusación, y que las autoridades nacionales deberían cumplir sus obligaciones de información y consulta antes de poder presentar dicho escrito. Junto con ella, deberá establecerse en un instrumento una lista «flexible» de criterios relevantes para determinar la jurisdicción principal. Se trata, pues, de establecer una norma y unos criterios de reparto competencial o jurisdiccional.

Señalaba la Comisión que, establecido un mecanismo que permita hacer una elección equilibrada de la jurisdicción, podría revisarse con más posibilidades de éxito el principio *non bis in idem*, ya aclarando algunos elementos de la definición, ya suprimiendo restricciones al principio, como la condición de ejecución o las excepciones permitidas en el art. 55 del CAAS. Igualmente, se conseguiría un fortalecimiento del principio de reconocimiento mutuo, ya que es posible que las medidas propuestas permitieran eliminar algunos de los motivos de no ejecución de las resoluciones judiciales de otros Estados miembros que en la actualidad se recogen en los instrumentos de la Unión.

No se puede sino compartir la intención de la Comisión de identificar medidas que permitan mejorar la aplicación del principio *non bis in idem* y evitar que una misma persona pueda verse imputada o acusada en procesos penales simultáneos por los mismos hechos en varios Estados miembros (*non bis in idem* procesal o litispendencia), o evitar un proceso posterior contra la misma persona y por los mismos hechos (*non bis in idem* en sentido estricto o material). El funcionamiento de este principio está estrechamente vinculado al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de las personas. Hasta ahora España se ha mostrado favorable a un amplio reconocimiento del principio, como lo muestra el que no hiciera uso de la posibilidad de formular excepciones al mismo que contenía el CAAS. Partiendo de esta postura favorable, será necesario, no obstante, asegurarse de que las medidas propuestas representan realmente un valor añadido.

En este sentido, la Comisión parece distinguir dos campos distintos, que son la resolución de conflictos de jurisdicción positivos y el principio *non bis in idem*, y, por otro lado, condicionar la mejora del segundo al avance en el tratamiento del primero. Incluso llega a utilizar el argumento, hasta cierto punto falaz, de que, establecido un sistema de elección equilibrada de jurisdicción, desaparecería la necesidad de aplicar el principio de *ne bis in idem*. Por el contrario, ambos aspectos son complementarios y suelen considerarse como las dos vertientes, «sustantiva y procesal», del principio *ne bis in idem*, que en sentido amplio se

concreta no sólo en la prohibición de una doble sanción, sino también de un doble enjuiciamiento. Si ambos mecanismos coexisten a nivel interno, no podría ser de otro modo a nivel internacional. Y es posible y necesario avanzar tanto en el establecimiento de normas de competencia como en la concreción del contenido del principio *non bis in idem*.

Partiendo de lo anterior, es cierto que no existen normas comunes en materia de competencia jurisdiccional o que establezcan un mecanismo para solucionar conflictos de jurisdicción en la UE. Pero no lo es menos que ya funciona en la Unión un mecanismo de coordinación entre autoridades judiciales a través de Eurojust, que, como se desprende de sus informes de actividad, ya ha permitido la toma de decisiones sobre centralización de investigaciones y procedimientos penales. Debemos, por tanto, preguntarnos qué aspectos del procedimiento de «asignación de jurisdicción» propuesto en el Libro Verde tienen algún valor añadido, y si al formalizar este procedimiento en un instrumento normativo, como finalmente se hace en la Decisión Marco de 2009, estaríamos prejuzgando de algún modo la creación de un futuro procedimiento vinculante de «resolución de conflictos». El carácter novedoso de esta propuesta de la Comisión y de la Decisión Marco de 2009 obliga a examinarla con cautela, puesto que tiende a consagrar un procedimiento intrínsecamente «informal» (basado en la «transacción» y en una serie de criterios «variables según el caso concreto»), en cierta medida ajeno a nuestra tradición y sistema jurídico actual.

Por tanto, debe compartirse el interés por desarrollar medidas que mejoren la aplicación y el funcionamiento entre los Estados miembros del principio *non bis in idem*, estrechamente vinculado con el establecimiento de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Ahora bien, entendemos que tales medidas deberían, de un lado, responder a un objetivo claro y coherente y representar un verdadero valor añadido respecto a mecanismos que ya existen. De otro lado, el avance en este campo debería hacerse sin menoscabo de los pilares de nuestro sistema jurídico, y de la protección que en él se otorga a los derechos fundamentales y a los derechos de las víctimas.

En este sentido, resultaría imprescindible analizar el problema a la luz de las diversas tradiciones jurídicas y sistemas penales de los Estados miembros: la aplicación del principio de oportunidad o sólo el de legalidad en el ejercicio de la acción penal; las facultades instructoras de las fiscalías; la existencia o no de la figura del juez instructor; el posible ejercicio de la acción penal por la víctima o por otros interesados; la facultad de disposición de la jurisdicción; o los criterios reglados o facultativos de atribución de competencia jurisdiccional. Un enfoque acertado de la reflexión que inició la Comisión en 2005 exigiría

contemplar esta diversidad y sus distintas variantes, antes de dar por sentado principios, mecanismos y facultades de actuación que pueden ser ajenos a la tradición jurídica de muchos Estados miembros.

Por otro lado, la propuesta de la Comisión en 2005 parecía optar por atajar un problema concreto –la potencial persecución del mismo delito en más de un Estado miembro y su incidencia sobre el derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos–, sin proponer un enfoque sistemático sobre el sistema institucional de justicia penal europea hacia el que nos dirigimos.

Aunque luego las propuestas de medidas concretas hayan de optar por un enfoque gradual y equilibrado entre los distintos sistemas nacionales, el Libro Verde y la reflexión que abrió era, como hemos afirmado, el momento adecuado para realizar ese tipo de reflexión general, sin dejarse llevar por la tentación de buscar una solución que, a medio y largo plazo, no sea congruente con un sistema.

Al hilo de lo anterior, es positivo buscar soluciones al problema concreto de evitar procedimientos penales paralelos, siempre que el sistema que se defina, en su conjunto, refleje una serie de principios básicos. Entre otros, estos principios serían: la necesidad de establecer unos criterios concretos de competencia jurisdiccional; el rechazo a fórmulas de resolución meramente informales; la necesidad de regular específicamente la suspensión, traslado y archivo de los procedimientos penales por seguirse el procedimiento en otro Estado miembro con competencia preferente para la persecución del mismo delito; la creación de un verdadero mecanismo de resolución de conflictos; la protección de las víctimas en este tipo de procedimientos; la consideración de que litispendencia y el *non bis in idem* son mecanismos de protección complementarios y no excluyentes, de suerte que la mejora de uno de estos mecanismos nunca podría implicar la desaparición del otro.

Por último, tanto la articulación de un sistema de prevención y resolución de conflictos de jurisdicción, como la regulación del principio de *ne bis in idem*, deben tener un sentido diferente en el marco de las relaciones entre los Estados miembros de la UE, comprometidos a crear un verdadero espacio judicial común, que con otros países, aunque sean miembros del Consejo de Europa o se tenga con ellos relaciones privilegiadas. Así lo aconsejan la mayor integración y confianza de sus sistemas jurídicos, pero, también o sobre todo, la realidad a la que está llamado a responder el sistema judicial en uno y otro caso: un espacio sin control en las fronteras internas y ciudadanos

europeos que circulan libremente y sin restricciones, frente a un espacio exterior respecto del que hay un frontera común europea.

Lógicamente, el ejercicio que inició el Libro Verde debía limitarse a la articulación de los conflictos jurisdiccionales en el ámbito interno del Espacio Judicial Europeo.

II. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procedimientos penales

1. Objeto de la Decisión Marco. La prevención de la vulneración del principio *non bis in idem* como instrumento del reconocimiento mutuo

A iniciativa de la República Checa, la República de Polonia, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y el Reino de Suecia, y en el marco del mantenimiento y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo de la Unión Europea adopta un texto provisional de Decisión Marco sobre los conflictos de jurisdicción, de fecha 6 de abril de 2009¹³, finalmente convertido en la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, con dos finalidades muy claras, como son evitar la desvirtuación del principio *non bis in idem* y fortalecer el principio de reconocimiento mutuo, eje de la cooperación judicial penal en Tampere y en el programa de La Haya.

Así, con arreglo al Programa de La Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, y con objeto de incrementar la eficacia de la acción pública, garantizando a la vez la correcta administración de justicia, los Estados miembros deben estudiar la adopción de legislación sobre conflictos de jurisdicción, de modo que se complete el amplio programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal.

Las medidas que se disponen en la presente Decisión Marco, de 30 de noviembre de 2009, pretenden tener como objetivo evitar las situaciones en que una misma persona es objeto de procedimientos penales paralelos en distintos Estados miembros relativos a los mismos hechos, que podrían llevar a una sentencia en dos o más Estados miembros en relación con estos procedimientos. Por consiguiente, la Decisión marco pretende prevenir el incumplimiento del principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 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

13 Doc. 8338/2009, COPEN 69.

Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia Europeo.

El sistema de prevención de la vulneración del principio *non bis in idem* que propone la Decisión Marco de 2009 se basa, en primer lugar, en un intercambio obligatorio de datos entre los Estados, que permite visualizar la existencia de procesos paralelos, garantizando la correcta identificación de las personas implicadas y la naturaleza y fase del procedimiento paralelo respectivo. Y, en segundo lugar, en una fase de consultas directas a fin de llegar a un consenso sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias de procesos paralelos y, en su caso, la posibilidad de concentración de los procesos penales en un Estado miembro.

En tal sentido, el artículo 1 de la Decisión Marco de 2009 marca como objetivo del instrumento la promoción de una estrecha cooperación entre las autoridades competentes de dos o más Estados miembros que puedan estar tramitando procesos paralelos, con objeto de lograr una administración de la justicia más eficaz y adecuada (evitando pérdidas de tiempo y de recursos). Esta colaboración más estrecha, con arreglo al artículo 1.2, tiene como objetivo evitar la vulneración del principio *ne bis in idem* que podría producirse si una misma persona es objeto de procesos penales en distintos Estados por los mismos hechos, y si, además, si en dichos Estados se llega a la resolución final sobre ellos. Para evitar esta situación, el precepto dispone la solución de llegar a un consenso sobre cualquier solución eficaz dirigida a evitar tales consecuencias derivadas de procedimientos paralelos.

Para ello, como decíamos, el artículo 2 de la Decisión Marco de 2009 establece un procedimiento de mínimos, consistente en el establecimiento de contacto entre autoridades de los dos o más Estados para confirmar la existencia de procesos penales paralelos, y, además, en la realización de consultas directas para llegar a una resolución consensuada del conflicto.

La Comisión, a diferencia de la definitiva Decisión Marco de 2009, se planteó en el Libro Verde de 2005 la necesidad de revisar las normas de la UE sobre el principio *non bis in idem*, en la idea de apoyar el reconocimiento pleno del principio, y revisar también las normas para mejorar su aplicación, a la luz de los

numerosos casos relacionados que se vienen planteando ante el TJCE.

Y entre los temas sometidos a debate, se cuestionó la posibilidad de que cubriera infracciones administrativas o dictadas por una autoridad administrativa. España ha defendido en este punto una postura restrictiva, de aplicación del principio a delitos y decisiones penales, dictadas por un órgano jurisdiccional, entendiéndose por tales jueces o fiscales

La trascendencia de las resoluciones sancionadoras administrativas a efectos de *ne bis in idem* ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional y el Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (no ratificado por España).

Sin embargo, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 2/2003, de 16 de enero, apoyada en doctrina del TEDH, la posición española debería tratar de asegurar la prevalencia del «orden penal», de modo que la sanción administrativa no impida el proceso penal posterior, aunque sí debe condicionar, según la sentencia, la sanción impuesta. Aunque la sentencia se refiere a un mero caso «interno», sería incongruente que un procedimiento administrativo extranjero impidiera un procedimiento penal español, cuando tal efecto no lo produce el procedimiento administrativo interno.

Por otro lado, la prohibición de doble condena surge, en el sentir de la Comisión, a partir de la primera «resolución definitiva», como aquella por la que se prohíbe un nuevo proceso penal con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro en el que se ha adoptado, a menos que esta prohibición nacional sea contraria a los objetivos del TUE. La definición propuesta por la Comisión es un tanto confusa. Para empezar, no es que la resolución prohíba, sino que impide, con arreglo a la legislación nacional, un nuevo proceso penal. En segundo lugar, la expresión «resolución definitiva» quizá podría sustituirse por resolución firme. Parece que la Comisión trataba de elaborar una definición sobre la base de las sentencias del TJCE que se han pronunciado sobre el concepto «juizada en sentencia firme» utilizado en el art. 54 del CAAS, y, por tanto, no utiliza ese término¹⁴. Finalmente, tampoco queda claro el sentido del último inciso, que parece inspirado en la sentencia del caso Miraglia¹⁵, ya que se diría

14 Así, la sentencia dictada por el TJCE el 11 de febrero de 2003 en los asuntos acumulados Gözutok/Brügge, en que se examina si los acuerdos transaccionales penales de la fiscalía producen este efecto. El TJCE concluye que cuando la acción pública se extingue definitivamente en un Estado parte a resultas de este tipo de procedimiento, debe considerarse que la persona de que se trate ha sido «jujada en sentencia firme», en el sentido del artículo 54 CAAS, y ello impide abrir un nuevo enjuiciamiento penal en otro Estado parte, igual que sucede con las sentencias de órganos propiamente judiciales. Recuerda el Tribunal que ni las disposiciones del Título VI del TUE ni el Acuerdo de Schengen o el CAAS supeditan la aplicación del artículo 54 al requisito de que se armonicen o aproximen las legislaciones penales de los Estados miembros en el ámbito de los procedimientos de extinción de la acción pública.

que en sí no es la resolución que prohíbe un nuevo proceso penal la que puede ser contraria a los objetivos del TUE.

En cualquier caso, la aplicación del *non bis in idem* no sólo abarca la prohibición de doble condena, sino también su vertiente referida a la litispendencia, es decir, la prohibición de procedimientos paralelos. Y para ello, en ocasiones no se podrá evitar el examen del fondo para ver si se dan las identidades propias del principio.

En cualquier caso, la Comisión debería haberse enfrentado en este punto a una definición importante, que es lo que debe entenderse por «examen de fondo», es decir, si basta analizar alguno de los elementos constitutivos del delito o deberían analizarse todos ellos para poder entender que es una resolución sobre el fondo del asunto. Éste es precisamente el asunto que se plantea el asunto Gasparini (C-467/04), ya que la Comisión entiende que una sentencia declarativa de la prescripción debe entenderse como sentencia de fondo, ya que analiza algunos elementos de fondo, como la tipicidad de los hechos y elementos temporales del asunto, mientras algunos Estados miembros, entre ellos España, entienden que ello no es así, ya que una sentencia de este tipo no analiza elementos esenciales del fondo, como la culpabilidad, responsabilidad y antijuricidad.

La Comisión propugna que el concepto de *idem* lo defina la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Aunque precisamente por su importancia los Estados miembros deberían estar interesados en convenir una definición, no es menos cierto que la complejidad de este concepto se puso ya de manifiesto en las negociaciones de la iniciativa griega, en las que España defendió su supresión y sustitución por una referencia a la jurisprudencia del TEDH.

El concepto del *idem* es, junto con el anterior, objeto de la mayor parte de las cuestiones prejudiciales pendientes ante el TJCE. Ante él, España ha venido defendiendo una interpretación restrictiva de la expresión «mismos hechos» que garantizase la máxima amplitud posible a la jurisdicción de los tribunales españoles, exigiendo no sólo su identidad material,

sino también la del bien jurídico protegido, para asegurarse de que los bienes jurídicos que cada jurisdicción nacional había decidido proteger por vía penal quedasen efectivamente amparados por esta vía. Frente a esta postura, parece que el TJCE podría inclinarse por una interpretación puramente fáctica, basada sólo en la identidad de los hechos sin atender al bien ni a la calificación jurídica. Por tanto, de contestar afirmativamente a la pregunta, habría que definir a continuación si se sigue manteniendo tal postura y estar a las decisiones que el TJCE se dispone a tomar próximamente.

En relación con la definición del concepto de *idem*, conviene tener en cuenta que la construcción paulatina de un concepto jurisprudencial, a partir de la interpretación por el TJCE del CAAS, se mueve dentro de los propios límites del Convenio que se interpreta. No puede afirmarse, por tanto, que el ejercicio legislativo propuesto en su momento por la Comisión aparezca superado por la jurisprudencia del TJCE, en la medida en que la eventual existencia de una definición normativa más precisa –en suma, de un mayor grado de programación normativa en el instrumento jurídico aplicable– podría alterar las pautas de interpretación construidas por el Tribunal.

Cosa distinta es que dicha labor normativa sea necesaria o deseable, porque bien podría pensarse como mejor opción, que es la escogida por la Decisión Marco de 2009, mantener el principio jurídico enunciado legalmente de forma genérica –vía el actual Convenio o la norma que le sustituya– abierto a una interpretación jurisprudencial flexible. Téngase en cuenta, por ejemplo, que no existe en nuestro derecho penal una delimitación normativa precisa del concepto *idem*. Por ejemplo, el artículo 23.2.c) de la LOPJ, que contiene una regulación sustantiva del principio, no contiene definición ninguna. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es también genérico, aunque incorpore, respecto de la del CAAS, una alusión al «fundamento» de la sanción («No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o admi-

15 La sentencia 10 de marzo de 2005 resuelve el asunto Miraglia, en el que, de forma paralela, se habían iniciado dos procedimientos contra el imputado implicado en el transporte de heroína desde Países Bajos a Italia. El Ministerio Fiscal neerlandés no ejerció la acción penal contra el imputado, basándose principalmente en la existencia de un proceso penal en curso en Bolonia, pero, a su vez, denegó la solicitud de asistencia judicial del Ministerio Fiscal italiano, señalando que las normas procesales neerlandesas impedirían perseguir los mismos hechos delictivos y prestar asistencia judicial a las autoridades extranjeras a menos que existieran nuevas pruebas contra el Sr. Miraglia. El TJCE entendió que el principio de *ne bis in idem* contenido en el artículo 54 del CAAS no es aplicable a «una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en cuanto al fondo».

16 El primer recurso prejudicial en el que se planteó al TJCE la interpretación del concepto «mismos hechos» a efectos del artículo 54 del CAAS fue el Asunto C-436/04, Van Esbroeck, en el que, textualmente, se planteaba al TJCE la siguiente cues-

nistrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento»¹⁶.

Hasta ahora la postura española ha sido defender la supresión de las condiciones de ejecución antes vistas, para entender aplicable el principio *non bis in idem*, si se quiere conseguir valor añadido sobre el artículo 54 del CAAS. Durante las negociaciones de la ya citada propuesta griega, el Servicio Jurídico del Consejo consideró también que el mantenimiento de esta condición sería una redacción contraria al artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Como se ha dicho anteriormente, se entiende que el establecimiento de un mecanismo de determinación de la jurisdicción y el juego del principio de *non bis in idem* son aspectos que no se excluyen entre sí.

tión: «¿Debe interpretarse el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en relación con el artículo 71 de este Convenio, en el sentido de que tienen la consideración de “los mismos hechos”, a los efectos del referido artículo 54, los delitos de posesión para la importación y exportación que se refieren a los mismos estupefacientes y sustancias psicotrópicas de cualquier tipo, incluido el cannabis, y que son perseguidos como importación y exportación, respectivamente, en varios países signatarios del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen o en los que se ejecuta y aplica el acervo de Schengen?». Recientemente se ha planteado la interpretación de la expresión «mismos hechos» al TJCE en el Asunto C-150/05, Van Straaten. En esta ocasión se formuló al TJCE la siguiente cuestión: «¿Qué debe entenderse por los “mismos hechos” en el sentido del artículo 54 del CAAS? (¿Constituye el mismo hecho la tenencia de aproximadamente 1.000 gramos de heroína en los Países Bajos en el período del 27 al 30 de marzo de 1983 o alrededor de estas fechas y la posesión de aproximadamente 5 kilogramos de heroína en Italia el 27 de marzo de 1983 o en una fecha cercana a ésta, teniendo en cuenta que el lote de heroína en los Países Bajos formaba parte del de Italia? ¿Constituye el mismo hecho la exportación a los Países Bajos de un lote de heroína procedente de Italia y la importación en los Países Bajos del mismo lote exportario de Italia, sabiendo también que los coacusados de Van Straaten en los Países Bajos en Italia no son exactamente los mismos? Los actos en su conjunto, consistentes en poseer la referida heroína en Italia, exportarla desde Italia, importarla en los Países Bajos, tenerla en su poder en los Países Bajos, ¿constituyen unos “mismos hechos”?). España apoyó una interpretación del artículo 54 del CAAS que garantizase la máxima amplitud posible a la jurisdicción de los tribunales españoles, permitiéndoles conocer del mayor número de asuntos, para lo cual era preciso dar una interpretación restrictiva a la expresión «mismos hechos». Sin embargo, se decidió hacer una intervención general, sin entrar a fondo en la cuestión planteada. Por ello se alegó la inadmisibilidad de la cuestión planteada, por ser una cuestión que pretendía que fuese directamente el TJCE quien aplicase directamente al caso concreto el Derecho comunitario, y, subsidiariamente, se formularon algunos argumentos sobre una interpretación general del artículo 54 del CAAS. En el Asunto C-288/05, Kretzinger, se formuló, además de otras relativas al concepto de «ejecución» con relación al artículo 54 del CAAS, la siguiente cuestión: «¿El enjuiciamiento penal se refiere a “los mismos hechos” en el sentido del art. 54 del CAAS, cuando un tribunal italiano condena a un acusado por la importación en Italia de tabaco extranjero de contrabando y por su posesión en ese país, así como por la omisión de pago de los derechos aduaneros de importación del tabaco, y más tarde un tribunal alemán lo condena, en relación con la previa recepción de la misma mercancía en Grecia, por recepción respecto a los derechos de importación (formalmente) griegos, que nacieron en el momento de la importación realizada por terceros, en la medida en que el acusado tenía la intención desde el principio de transportar la mercancía, una vez recibida en Italia, a Gran Bretaña a través de Italia?». Dado que ya se habían publicado las conclusiones del asunto Van Esbroeck, se consideró necesario entrar a fondo en la cuestión planteada, defendiendo que la expresión «mismos hechos» del artículo 54 del CAAS debía suponer una identidad de bienes jurídicos protegidos ante las dos jurisdicciones nacionales en juego, dado que, ante la ausencia de armonización de tipos penales, todo Estado miembro tenía la legítima expectativa de que los bienes que había decidido proteger por vía penal quedasen efectivamente amparados en dicha vía. Se señalaba que una interpretación excesivamente amplia de la expresión «mismos hechos» en el sentido del artículo 54 del CAAS puede llegar a resultar contraria a la lógica aspiración de cualquier Estado miembro a que sean aplicadas sus normas penales legítimamente aprobadas, en particular, cuando tales normas protegen determinados bienes jurídicos, cuyo amparo penal, por las circunstancias que sean, resulta de especial trascendencia para ese Estado. En efecto, la inaplicación del ordenamiento penal de un Estado miembro que se producirá, por aplicación del principio *non bis in idem*, si se le niega la facultad de enjuiciar a una persona por la comisión de determinados hechos, debido a que éstos han sido ya enjuiciados por las autoridades judiciales de un segundo Estado, sólo resultará admisible si, previamente, se ha comprobado que el bien jurídico que el primer Estado está interesado en proteger ya ha sido amparado por la sentencia dictada por los tribunales del segundo. Por ello, a juicio de España, el concepto «mismos hechos» a efectos del artículo 54 del CAAS debe suponer no sólo la identidad material de los hechos, sino, además, la identidad del bien jurídico protegido. En el Asunto C-367/05, Kraaijenbrink, las cuestiones formuladas son las siguientes: «Debe interpretarse el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, en relación con el artículo 71 de dicho Convenio, en el sentido de que los hechos delictivos consistentes en la adquisición, tenencia o entrega en los Países Bajos de cantida-

las mismas. De nuevo, en tanto no exista un verdadero sistema obligatorio de atribución de jurisdicción, será difícil pensar en la supresión de excepciones por esta causa, y aun en ese caso ambos mecanismos de protección son necesarios.

España no formuló excepciones en uso de lo previsto en el artículo 55 del CAAS, y su inaplicación por este motivo ha sido ratificada por el Tribunal Supremo en la sentencia antes referida. Ahora bien, de iniciarse un nuevo procedimiento legislativo sobre la materia, será prácticamente imposible evitar que se vuelvan a proponer excepciones y que se autorice el recurso a ellas por todos los Estados miembros, y no sólo por los que han hecho uso hasta ahora. Así lo demuestran las negociaciones de la propuesta griega sobre *ne bis in idem* y, más recientemente, el debate llevado a cabo en el Grupo Cooperación Judicial Penal sobre las declaraciones efectuadas al CAAS por algunos Estados.

Abstracción hecha del impedimento que supone la no utilización de las declaraciones previstas en el artículo 55 CAAS, desde el punto de vista material la aplicación de alguna de ellas, en especial las referidas en los apartados b) y c), parece conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional español.

La Comisión entiende que el principio *non bis in idem* debe ser una razón para la denegación obligatoria de la asistencia judicial mutua, sugiriendo como alternativa la posibilidad de aclarar este efecto en un instrumento horizontal o transversal, o bien la de alinear el texto de los instrumentos específicos (por ejemplo, convirtiéndolo en razón de denegación obligatoria allá donde sólo lo fuera facultativa). En todo caso, deberíamos partir de una definición clara de lo que entendemos por *ne bis in idem*, y evitar efectos «perversos» similares al que entrañaba la denegación de asistencia en el caso Miraglia.

des de dinero en divisa extranjera procedentes del tráfico de estupefacientes (por los cuales la persona acusada ha sido perseguida y condenada en los Países Bajos por receptación intencional, en infracción del artículo 416 del Wetboek van Strafrecht –Código Penal–), que son distintos de los hechos delictivos consistentes en la conversión, en oficinas de cambio, de las mencionadas cantidades procedentes del tráfico de estupefacientes, obtenidas en los Países Bajos (hechos perseguidos en Bélgica en concepto de receptación y otros hechos relativos a objetos procedentes de la comisión de un delito, en infracción del artículo 505 del Código Penal), han de tener la consideración de “los mismos hechos” en el sentido del citado artículo 54 si el órgano jurisdiccional declara que están vinculados por una unidad de intención y, por tanto, jurídicamente constituyen un solo hecho?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Debe interpretarse la expresión “no podrá ser perseguida por los mismos hechos”, contenida en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en el sentido de que deben tener también la consideración de “los mismos hechos” hechos distintos que están vinculados por una unidad de intención y que, por tanto, constituyen un solo hecho, lo cual entraña que un acusado ya no puede ser perseguido por la comisión de un delito de blanqueo en Bélgica si ha sido condenado en los Países Bajos por otros hechos cometidos con un mismo propósito, sin perjuicio de cualesquiera otros hechos que hayan sido cometidos en el mismo período, pero que serán conocidos o perseguidos en Bélgica una vez la sentencia extranjera sea firme, o bien, en este caso, el órgano jurisdiccional que conozca del fondo puede imponer una pena adicional por estos hechos, teniendo en cuenta las penas ya impuestas, salvo si considera que éstas ya constituyen una punición justa por todos los delitos cometidos, y sin que el conjunto de las penas impuestas pueda superar el máximo de la condena más grave?»

España apoyaba también una interpretación restrictiva de la expresión «mismos hechos». Por ello, las observaciones escritas presentadas defendían la misma postura apuntada en el asunto Kretzinger.

Conviene advertir que debe huirse de soluciones simplistas o generales. El principio de *ne bis in idem* no puede tener el mismo alcance en el caso del reconocimiento mutuo de una condena –sea una pena privativa de libertad o de otra naturaleza– que cuando se trata del reconocimiento mutuo de una orden de obtención de pruebas. En este segundo caso, tratándose de una resolución dictada en la fase de investigación, no será siempre posible apreciar si se investigan los mismos hechos o no, ni cuál de los distintos procedimientos en curso va a continuar hasta el final (un buen ejemplo de los efectos perversos de enfoques simplificadores es el asunto Miraglia).

Por otro lado, las sentencias antes referidas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional parecen excluir el automatismo en la aplicación del principio, que se derivaría de una regulación basada en un motivo obligatorio de no reconocimiento.

En las decisiones marco aprobadas en materia de reconocimiento mutuo, existen varios motivos de denegación del reconocimiento y ejecución que están directamente vinculados con la inexistencia de reglas comunes de competencia jurisdiccional: la cláusula de territorialidad, la aplicación de la prescripción en el Estado de ejecución o el *ne bis in idem* en sus distintas manifestaciones.

La regulación de unos criterios de reparto de competencia jurisdiccional podría contribuir a eliminar los dos primeros motivos o, al menos, a atemperar su aplicación, sobre todo si se establecieran preferencias entre las distintas reglas de competencia.

El principio de *ne bis in idem* no podría ser eliminado totalmente, porque, para cierto tipo de resoluciones, su aplicación es consecuencia de un derecho fundamental, pero en la práctica se vería reducido su alcance si existiera un sistema que evitara los «dobles procedimientos».

2. Objetivos. La creación de un mecanismo consensual para la resolución del conflicto de jurisdicción

La Decisión Marco de 2009 se centra en el establecimiento de un cauce de contacto y consenso entre los Estados implicados en el conflicto, es decir, entre aquellos Estados miembros en los que existan procedimientos penales paralelos, incluida la fase previa al juicio y la del propio juicio, y por los mismos hechos que impliquen a las mismas personas [arts. 1.a) y 3.a) de la Decisión Marco].

En tal sentido, el artículo 2 de se refiere a un marco en el que se disponen dos fases preestablecidas para solucionar el conflicto. En primer lugar, un procedimiento de contacto entre las autoridades competentes de los Estados, a fin de comprobar y confirmar la existencia de procedimientos paralelos en el sentido apuntado; y, segundo lugar, un procedimiento de intercambio de información mediante consultas directas entre autoridades competentes, para llegar a un consenso «sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias adversas» derivadas de dichos procesos paralelos.

Dicha solución eficaz, que podría consistir en particular en concentrar los procedimientos penales en un Estado miembro (por ejemplo, mediante el traslado de los procedimientos penales), o en cualquier otra asignación eficiente y razonable del tiempo consagrado a dichos procedimientos (que podría consistir, por ejemplo, en el traslado del asunto a Eurojust, como posible solución eficaz cuando las autoridades competentes no logren llegar a un consenso –art. 12.2 de la Decisión Marco–), debe ahorrar a las autoridades competentes afectadas la pérdida de tiempo y recursos.

En este sentido, debe prestarse especial atención a la cuestión de la obtención de las pruebas, que puede verse afectada por la celebración de procedimientos penales paralelos, ya que esta circunstancia podría constituir causa de denegación del requerimiento de prueba en el Estado requerido.

Como puede comprobarse, el texto de la Decisión Marco de 2009 se aleja considerablemente de las reflexiones propiciadas por el Libro Verde de la Comisión de 2005 que respondían a objetivos mucho más ambiciosos. Efectivamente, y en primer lugar, se excluye en la Decisión Marco de 2009 el establecimiento de unos criterios precisos de competencia jurisdiccional, optándose por fórmulas de resolución meramente informales, aunque de utilización preceptiva, basadas en intercambio de informaciones, consultas directas y consensos, a los que, por otra parte, se podrá llegar no

mediante la intervención de un tercero dirimente, sino a través de la negociación bilateral.

En segundo lugar, no se regula en ningún momento la suspensión, traslado y archivo de los procedimientos penales por seguirse el procedimiento en otro Estado miembro con competencia preferente para la persecución del mismo delito.

Obviamente, siendo ello así, no se considera, ni siquiera a largo plazo, como afirmaba la Comisión, la posibilidad de una fase adicional en la que se facultara a un órgano de la UE para adoptar una decisión obligatoria sobre la jurisdicción más adecuada. Ello implica que si el procedimiento de información, consulta y consenso no funciona, o ni siquiera se acudiese a él, operaría el principio del *non bis in idem* a favor del procedimiento en el que se hubiese dictado antes sentencia firme, y quedarían sin resolver los supuestos de *non bis in idem* procesal referido a la litispendencia por procedimientos paralelos.

En tercer lugar, nada se dice ni se prevé sobre el papel de las partes y sobre el control jurisdiccional del procedimiento propuesto para la adjudicación de jurisdicción. En la etapa anterior al juicio, ¿podría concluirse que bastaría con informar a las personas interesadas de las razones principales por las que se eligió una jurisdicción determinada? En la etapa de juicio, el órgano enjuiciador ¿decidiría sobre su propia competencia y podría no acatar la decisión por la que se elige una jurisdicción determinada si la considera arbitraria? ¿Y qué recurso judicial, a instancia de la persona interesada, puede utilizarse contra la asignación de jurisdicción?

El mecanismo de asignación de jurisdicción debería ir acompañado de lo que la Comisión llamaba una «norma de prioridad», por la que se obligue a los Estados miembros a concentrar los procedimientos relativos a un asunto en una jurisdicción «principal». La Comisión entendía que el momento más adecuado para hacer surgir esta obligación es el de presentación del escrito de acusación, y que las autoridades nacionales deberían cumplir sus obligaciones de información y consulta antes de poder presentar dicho escrito. Junto con ella, debería haberse establecido una lista «flexible» de criterios relevantes para determinar la jurisdicción principal. Se trataría simplemente de establecer una norma y unos criterios de reparto competencial o jurisdiccional.

3. El intercambio de información sobre procesos penales paralelos

Con arreglo al art. 5 de la Decisión Marco de 2009, cuando la autoridad competente¹⁷ de un Estado

17 Con arreglo a los arts. 3.b) y 4 de la Decisión Marco de 2009, por autoridad competente hay que entender la autoridad judicial (juez o fiscal) u otra autoridad que, con arreglo a la legislación de su Estado miembro, es competente para ejecutar y

miembro tenga motivos razonables para creer que se están ejecutando al mismo tiempo en otro Estado miembro, procedimientos penales relativos a los mismos hechos que implican a la(s) misma(s) persona(s) y que podrían llevar a una sentencia en dos o más Estados miembros en relación con esos procedimientos, dicha autoridad deberá ponerse en contacto con la autoridad competente del otro Estado miembro para confirmar la existencia del procedimiento paralelo, y en tal caso iniciar las consultas directas y conseguir el consenso sobre la concentración de los procesos en un solo Estado.

Ya la Comisión concluyó que debe existir un deber de informar a otras jurisdicciones sobre los procesamientos en curso o previstos cuando existan vínculos significativos con esas otras jurisdicciones. E, igualmente, que debía arbitrase un sistema de intercambio de la información sobre los procedimientos en curso, las resoluciones definitivas y otras resoluciones relacionadas.

En principio, incluso podría parecer superfluo que las jurisdicciones se informen entre sí de forma general, ya que podría parecer que el propio imputado contra el que se dirigiesen procesos simultáneos se encargaría de ponerlo de manifiesto y alertar a la segunda jurisdicción. No obstante, la falta de armonización de las legislaciones de los Estados miembros desmiente esta conclusión. Podría ser que al imputado le interesase ser procesado una segunda vez, precisamente para obtener una resolución que, siéndole más favorable, hiciera jugar a su favor el principio del *ne bis in idem*. Por ejemplo, y a la vista de la jurisprudencia TJCE, el imputado podría preferir llegar rápidamente a un acuerdo transaccional penal con el Ministerio Fiscal para la imposición de una pena pecuniaria en el segundo proceso y librarse de una pena más grave o de distinta naturaleza en el otro Estado miembro que primero abrió un procedimiento¹⁸.

Únicamente la autoridad de contacto debería determinar si existen o no motivos razonables, y tras esa valoración sí que se establece la obligación de contacto. Tales motivos razonables podrían darse, por ejemplo, cuando el sospechoso o imputado alegue, detallando, que es objeto de procedimientos penales paralelos sobre los mismos hechos en otro Estado miembro, o el caso de que una solicitud pertinente de asistencia judicial procedente de una autoridad competente de otro Estado miembro revele la posible existencia de tales procedimientos paralelos, o en caso de que las autoridades policiales faciliten información al efecto.

Respecto a este deber de información, la Comisión se refirió en un primer momento a la necesidad de informar a otros Estados miembros si el caso presentaba respecto a ellos lo que se denominaban «vínculos significativos», y que la Decisión Marco llama «motivos razonables» para entender que pudieran existir procesos paralelos. Entre esos motivos razonables se podrían encuadrar igualmente el hecho de que el imputado sea nacional de otro Estado miembro, o cuando se trate de delitos para los que se haya establecido el principio de universalidad a nivel de la Unión, etc., o posiblemente los que reflejan los foros clásicos de atribución de jurisdicción (territorialidad, personalidad, protección de intereses y universalidad que se recogen en el art. 23 de nuestra LOPJ).

El proceso de contacto y de respuesta entre las autoridades competentes debe basarse en el intercambio obligatorio de un conjunto mínimo de datos, que deberán facilitarse en todos los casos. Estos datos deben permitir, en particular, el proceso destinado a garantizar la correcta identificación de las personas implicadas y la fase de realización de los respectivos procedimientos paralelos.

No hubiera sobrado en la Decisión Marco una definición de la extensión objetiva de la información, es decir, sobre qué resoluciones recaería el deber de información, así como su extensión temporal. Igualmente, y siguiendo la línea seguida en los instrumentos sobre reconocimiento mutuo, hubiera sido conveniente establecer la obligación de informar a petición de otra autoridad judicial, de forma similar a lo dispuesto en el art. 57 CAAS. Dicho artículo permite, cuando al acusar a una persona por un delito existan «razones para pensar» que ya ha sido condenado por los mismos hechos en otro Estado, solicitar de las autoridades de éste la información relevante. La obligación general de informar *ad cautelam* de datos relativos a procedimientos en curso parece de un lado difícil de articular, ya que habría que determinar a quién se comunica si ni siquiera se sabe si hay o no otro procedimiento en curso, o quién va a encargarse de esta comprobación; y, de otro lado, desproporcionada en relación con el objetivo (del que no existe ninguna estimación cuantitativa) y tendente más bien a la creación de un registro europeo de procedimientos judiciales, con los problemas que ello plantea.

En cualquier caso, para hacer efectivo el intercambio de información convendría usar cauces ya existentes: de un lado, Eurojust (sin olvidar que su ámbito de

llevar a cabo el procedimiento de toma de contacto para comprobar la existencia de procesos paralelos. Serán los Estados miembros los que determinarán dichas autoridades de manera que se fomente el contacto directo entre ellas, comunicando a la Secretaría General del Consejo las autoridades que con arreglo al Derecho nacional resultan competentes para la recepción y transmisión de información y la celebración de consultas directas.

¹⁸ STJCE en el caso Gözütük y Brügge.

competencia no es general), y, de otro lado, especialmente los puntos de contacto de la Red Judicial Europea si la comunicación va a ser directa de autoridad judicial a autoridad judicial.

La autoridad competente de un Estado miembro con la que se haya puesto en contacto la autoridad competente de otro Estado tendrá la obligación general de responder a la solicitud de información presentada (art. 6 de la Decisión Marco de 2009), debiendo alentarse a la autoridad de contacto a que fije un plazo para que la autoridad contactada¹⁹ responda a su solicitud, siempre que sea posible. Las autoridades competentes deberán tener plenamente en cuenta la situación particular de las personas privadas de libertad a lo largo de todo el procedimiento de toma de contacto.

El contenido de la solicitud de información abarca, con arreglo al artículo 8 de la Decisión Marco, los datos de la autoridad de contacto, una descripción de los hechos y circunstancias objeto del enjuiciamiento, los datos relativos a la identidad del sujeto imputado o acusado, la fase alcanzada en el proceso penal y, si ha lugar, la información sobre la detención o prisión preventiva del sospechoso o imputado. Igualmente, la autoridad competente de contacto podrá facilitar información adicional sobre el proceso que se está tramitando en su Estado miembro.

Por su parte, la respuesta por parte de la autoridad competente contactada, con arreglo al artículo 9 de la Decisión Marco, incluiría, como mínimo, si se tramita o ha sido tramitado proceso penal por esos hechos o parte de ellos, si están implicadas las mismas personas, y en qué fase se encuentra la causa en tal caso, o, si ha lugar, el tipo y contenido de la resolución final que se hubiere dictado.

4. Las consultas directas y la resolución consensuada del conflicto de jurisdicción. Formas y efectos de la asignación de jurisdicción

Al confirmarse la existencia de procedimientos paralelos, las autoridades competentes de esos dos o más Estados deberán, con arreglo al artículo 10 de la Decisión Marco de 2009, entablar consultas directas para llegar a una solución consensuada que evite las consecuencias de la duplicidad de causas penales contra las mismas personas y por los mismos hechos, y que podría ser la concentración de los procesos en un solo Estado. Para el logro del consenso, el artículo 11 dispone que las autoridades competentes tendrán en cuenta los hechos y alegaciones del asunto y todos los factores que estimen pertinentes.

No se establece ningún efecto directo sobre la tramitación de los procesos mientras se realizan tales consultas, estableciendo a estos efectos el artículo 10.2 que las autoridades en contacto se transmitirán cualquier medida procesal importante que se adopte durante el desarrollo de las consultas.

Ante la falta de consenso, cualquiera de las autoridades competentes dará traslado del asunto a Eurojust si ésta fuera competente. De esta manera, el artículo 12 de la Decisión Marco dispone un cauce habitual de resolución del conflicto cuando no sea posible el consenso, consistente en el traslado a Eurojust. Sin embargo, hay que tener presente que, con arreglo a la Decisión Eurojust (Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002), aunque si bien se establece que debe informarse a Eurojust de los casos en los que exista o pueda existir conflicto de jurisdicción, también es cierto que la competencia para actuar de Eurojust se limita a los casos del artículo 4.1 de la citada Decisión, es decir, el ámbito de competencia general de Eurojust, que abarca expresamente: a) los tipos de delincuencia y las infracciones para los que Eurojust tenga, en cada momento, competencia de actuación en aplicación del artículo 2 del Convenio Eurojust de 26 de julio de 1995; b) los tipos de delincuencia siguientes:

- la delincuencia informática,
- el fraude y la corrupción, así como cualquier infracción penal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad Europea,
- el blanqueo de los productos del delito,
- los delitos contra el medio ambiente,
- la participación en una organización delictiva en el sentido de la Acción común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; y,
- c) otras infracciones cometidas en conexión con los tipos de delincuencia y las infracciones mencionadas en las letras a) y b).

En cualquier caso, la resolución de Eurojust no es decisiva ni vinculante, ya que, además de limitarse a esos ámbitos delictivos, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Decisión, en redacción dada por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, cuando dos o más miembros nacionales no puedan convenir en el modo de resolver un conflicto de jurisdicción en relación con investigaciones o actuaciones judiciales, se solicitará al colegio que

¹⁹ Por autoridad de contacto, el art. 3 de la Decisión Marco entiende la autoridad competente que se pone en contacto con la correspondiente de otro Estado miembro a fin de confirmar la existencia de procedimientos paralelos. La autoridad contactada es aquella a la que se le pide dicha confirmación.

emita un dictamen escrito no vinculante sobre el asunto, siempre y cuando la cuestión no haya podido resolverse de mutuo acuerdo entre las autoridades nacionales competentes interesadas.

Ya en su momento, la Comisión se planteó si era preciso determinar si debe existir el deber de contactar y consultar con los Estados miembros que tienen vínculos significativos con el asunto, qué modelo comunitario de consenso había que arbitrar, y si debía existir un sistema de mediación/solución de controversias para los casos en que el debate directo no conduzca a un acuerdo entre los Estados, junto con el órgano más adecuado para mediar en los conflictos de jurisdicción.

En realidad, estas tres cuestiones planteaban como cuestión común y previa la conveniencia de avanzar en la plasmación normativa de un supuesto mecanismo de solución de «conflictos positivos de jurisdicción», y de imponer, en relación con él, a las autoridades judiciales, «obligaciones» de debatir entre ellas sobre su jurisdicción, someterse a mediación o ceder su jurisdicción a través de un modelo de acuerdo obligatorio.

El «deber de debatir» se ha reconducido, en la Decisión Marco de 2009, al deber del intercambio de información. Parece adecuado que el contacto se realice directamente entre las autoridades competentes concretas que podrían estar conociendo de procesos sobre la misma persona, sin perjuicio de las dificultades prácticas que este diálogo directo entre autoridades judiciales de diferentes Estados miembros puede suscitar y para lo que podría recabarse ayuda de otros órganos o estructuras de la Unión.

La necesidad y eficacia de un modelo comunitario de acuerdo de este tipo es cuestionable. La Decisión Marco no aclara si pretende que este acuerdo vincule a las autoridades judiciales de los Estados e impida reabrir con posterioridad las discusiones sobre la jurisdicción. Sin embargo, parecería que este efecto debería conseguirse en cada Estado mediante la resolución judicial por la que se archive el procedimiento con arreglo a la legislación nacional, máxime cuando tal posibilidad se debería introducir en las legislaciones como causa de archivo. La naturaleza de este acuerdo, que podría ser recurrible por las partes y contener las condiciones en que podría ser denunciado por una de ellas para reabrir el proceso, es incierta, como lo es su carácter aparentemente facultativo y aplicable al caso concreto, en lugar de introducirse este tipo de efectos por vía de una disposición de carácter general o bien estar a la legislación interna de los Estados miembros (por ejemplo, los recursos contra la decisión de archivo, en lugar de crear un sistema propio de revisión de un acuerdo *ad hoc*).

Finalmente, el supuesto sistema de consenso no es, como se ha dicho antes, ninguna novedad, pues una serie de decisiones marco se refieren a él (algunas mencionando expresamente la posibilidad de acudir a Eurojust), pero en todo caso como mecanismo de cooperación facultativo al que los Estados pueden o no recurrir. No parece en este momento justificada ni necesaria la extensión de las funciones de Eurojust, que ya realiza estas labores, a todos los delitos ni invertir en la creación de otro órgano de mediación, habida cuenta de que ésta no servirá para resolver verdaderos conflictos, en caso de que se planteen.

En realidad, la única forma de resolver los conflictos de jurisdicción sería residenciar esta atribución en un órgano a nivel de la UE, preferentemente el Tribunal de Justicia, aunque esta solución demoraría la respuesta al caso enormemente (téngase en cuenta que actualmente las cuestiones prejudiciales se están resolviendo en un plazo medio de dos años), con la facultad, pues, de tomar decisiones de carácter vinculante y conforme a criterios de atribución de competencia jurisdiccional previamente determinados.

Parece necesario, en la lógica que defendemos de defensa de fórmulas no meramente informales de resolución del conflicto jurisdiccional, buscar un verdadero órgano de resolución de conflictos. El Tratado Constitucional atribuía esta función, al menos en primera instancia, a Eurojust, al tiempo que preveía la posible creación de una Fiscalía Europea «a partir de Eurojust». Al margen de la cuestión sobre el Tratado constitucional, convendría reflexionar sobre lo acertado de este planteamiento institucional para ver si es posible dar a Eurojust ese papel si, al mismo tiempo, no se adoptan, a escala de toda la Unión, las medidas necesarias para configurarlo como un órgano más próximo a las funciones jurisdiccionales que lo que es en este momento. De otro lado, habría que analizar la oportunidad de concentrar en un mismo órgano funciones propias de una fiscalía o de un órgano de instrucción penal, como la práctica de diligencias de investigación, con las que tienen claro carácter resolutorio, caso de la resolución de conflictos de jurisdicción, ya que podría plantearse un potencial «conflicto de intereses» entre estas dos facetas.

Por tanto, debería plantearse, por una parte, la necesidad de reflexionar sobre la idoneidad de la atribución a Eurojust de funciones de naturaleza tan diversa como la persecución de un delito y la resolución de conflictos de jurisdicción. Y, de otra parte, se debería recordar que no es posible residenciar en el Tribunal de Justicia este tipo de conflictos si no se adoptan medidas procesales, y probablemente institucionales (por ejemplo, la creación de una sala especializada), complementarias.

En cualquier caso, hubiera sido oportuno arbitrar algún tipo de control jurisdiccional o de recurso en

materia de asignación de jurisdicciones. En principio, parecería correcto mantener el mecanismo de control propio de cada Estado, es decir, los recursos que internamente procedan contra la resolución de que se trate, que interrumpa, provisional o definitivamente, uno de los procedimientos judiciales concurrentes. Igualmente, las partes deberían ser oídas conforme a las normas propias de cada Estado miembro si se prevé su intervención en el proceso antes de tomar una decisión (por ejemplo, si tras solicitar información se confirma de que existe otro procedimiento en curso, el órgano judicial podría recabar la opinión de las partes y el Ministerio Fiscal antes de decidir si archiva el caso).

Por otro lado, e independientemente del sistema de asignación de jurisdicción por el que se opte, se necesita una norma o un principio que exija la interrupción o terminación de los procedimientos paralelos en la UE. En otras palabras, se debe establecer o declarar expresamente el principio *ne bis in idem* en su vertiente procesal, o litispendencia. En cuanto al momento en que se aplicaría, por un lado, debería haberse iniciado un procedimiento ante autoridad judicial (es decir, haber superado la fase de investigación preprocesal), aunque convendría imponer como momento inicial el de la imputación a instancia de fiscal o del juez instructor y como momento preclusivo podría señalarse, como ocurre en nuestro ordenamiento, el del inicio de las sesiones del juicio oral.

A fin de alcanzar un consenso, las autoridades competentes deberán apreciar los criterios pertinentes, entre los que podrán incluirse los que se enumeran en las Directrices publicadas en el Informe anual de Eurojust 2003, que se orientaban a las necesidades de los profesionales del Derecho, y tomar en consideración, por ejemplo, el lugar en que se ha producido la mayor parte de los hechos delictivos, el lugar en que se ha producido el máximo perjuicio, el lugar en que se encuentran los sospechosos o imputados y las posibilidades de garantizar su entrega o extradición a otras jurisdicciones, la nacionalidad y el lugar de residencia de los sospechosos o imputados, los intereses significativos de las víctimas y testigos, la admisibilidad de las pruebas y cualquier retraso que pueda producirse.

En tal sentido, y sobre los criterios aplicables para elegir la jurisdicción, o «criterios» para la determinación de la competencia jurisdiccional, la Comisión pareció inclinarse en su momento por una enumera-

ción no vinculante de numerosos criterios que pueden ayudar «caso por caso» a determinar cuál es la jurisdicción más adecuada²⁰. Una postura más acorde con nuestro sistema jurídico y con la postura favorable a dotarnos de medios que de verdad sirvan para resolver estos conflictos lleva a propugnar, en efecto, un sistema de lista exhaustiva, y lo más precisa posible, de los criterios aplicables ordenados por prioridad, entre ellos el de territorialidad. Por tanto, y teniendo en cuenta que esta cuestión afecta directamente al derecho al juez legal predeterminado por la ley, estos criterios deberían ser preceptivos y no meramente orientativos.

En congruencia con lo señalado en páginas anteriores, convendría incidir en la necesidad de que la Decisión Marco de 2009 contase con unos criterios claros de determinación de la competencia de las distintas jurisdicciones. En realidad, la aprobación de esos criterios de competencia constituiría un presupuesto al intento de coordinación o concentración de los procedimientos penales y no un elemento secundario.

Los criterios para la determinación de la competencia jurisdiccional no deberían tener un mero carácter orientativo. El establecimiento de unos puntos de conexión meramente orientativos o el criterio genérico de los «vínculos significativos» o de los «motivos razonables» puede suponer, en muchos casos, una invitación al *forum shopping* penal que se compadece mal con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y con el principio de seguridad jurídica. Aunque ello sea de por sí ya discutible, los efectos negativos de ese enfoque se agravan si se tienen en cuenta las posibilidades que se abren a la parte acusada de provocar la apertura de un procedimiento en otros Estados (querrelas artificiosas, autodenuncia, una práctica procesal conocida en España, por ejemplo, para detener investigaciones aún no judicializadas de la Fiscalía anticorrupción).

No puede olvidarse en ningún caso que esta Decisión Marco se limita a establecer disposiciones en materia de contacto directo y consultas directas entre las autoridades competentes de los Estados miembros, y ello se entenderá, por tanto, sin perjuicio de los derechos de las personas, que pueden ejercitar acciones penales en otra jurisdicción o en la suya propia si tales derechos están reconocidos en virtud del Derecho nacional.

²⁰ Dentro de los criterios para determinar «qué jurisdicción debe asumir la función enjuiciadora», elaborados en el seno de Eurojust, se mencionan aspectos tan dispares como el lugar donde se realice la mayor parte de la actividad delictiva o se sufran las mayores pérdidas; el principio de rapidez y agilidad; el interés de las víctimas y el perjuicio que pueda causarles cada una de las opciones jurisdiccionales; el lugar donde se encuentre el imputado; la disponibilidad y adecuación del material probatorio para su aceptación y utilización en el proceso judicial; el «poder sentenciador» de la jurisdicción o el coste del procedimiento. Se parte del principio de que cada caso es único y debe resolverse teniendo en cuenta «todos los factores que se consideren pertinentes».

Y en el mismo sentido, no debe olvidarse que cualquier transposición de la Decisión Marco debería prever la posibilidad de que se le dé audiencia a la persona imputada y sobre cuyo enjuiciamiento se plantea el conflicto de jurisdicción, en esta fase de consulta entre autoridades competentes²¹.

En cualquier caso, la Decisión Marco no establece fueros imperativos ni normas de solución de conflictos jurisdiccionales de carácter improrrogable o indisponibles, por lo que, a su tenor, no deberá obligarse a ningún Estado miembro a renunciar a su competencia ni a ejercerla si no desea hacerlo.

Por tanto, mientras no se llegue a un consenso sobre la concentración de procedimientos penales, las autoridades competentes de los Estados miembros seguirán estando facultadas para llevar adelante una causa penal por cualquier infracción penal atribuible a su jurisdicción nacional.

Como declaración de intenciones que debe guiar el proyectado consenso entre Estados, o entre autoridades judiciales, fiscales o autoridades administrativas, la Decisión Marco apela realmente al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal que rige el Derecho procesal penal de varios Estados miembros, y que debe entenderse y aplicarse de forma que se considere cumplido cuando cualquier Estado miembro asegure la acción penal frente a una infracción penal determinada, es decir, la posible oportunidad reglada, que podría derivar en un sobreseimiento de la causa, podría basarse en el ejercicio de la acción penal, o, entendemos, en la apertura de causa penal por los mismos hechos y contra la misma persona en otro Estado miembro.

Para el Consejo, esa sería una consecuencia deseable de la Decisión Marco, de manera que, cuando se haya alcanzado un consenso sobre la concentración de procedimientos penales en un Estado miembro, las autoridades competentes del otro Estado miembro actuarán de un modo que sea compatible con dicho consenso, procediendo al archivo del procedimiento paralelo con base en razones de oportunidad.

En cualquier caso, la presente Decisión marco se entendería sin perjuicio de los procedimientos con arreglo al Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, firmado en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, ni de otros acuerdos relativos a la transmisión de procedimientos en materia penal entre los Estados miembros.

Del mismo modo, tal y como hemos advertido, la Decisión Marco no establece normas mínimas en

materia de suspensión y archivo del proceso por la autoridad que decline su competencia, ni sobre el traslado del procedimiento a la autoridad del Estado que finalmente se decida competente, incluyendo las diligencias de investigación y medidas cautelares ya decididas en el que podríamos llamar Estado de origen.

De la misma manera, no se contempla el momento procesal en el que se puede plantear el conflicto, y si la diferencia en el *iter* procesal en los dos Estados influye o no para decidir el reparto competencial, así como el valor en el Estado y ante la autoridad judicial de destino final de la causa de las actuaciones realizadas en el Estado inicial o de origen.

En la primera de las preguntas planteadas en el Libro Verde de la Comisión, se planteaba como necesaria *una disposición de la UE que establezca que la legislación nacional permitirá suspender un procedimiento en razón de los procedimientos en curso en otros Estados miembros*.

Evidentemente, una disposición de este tipo, obviada en la Decisión Marco de 2009, tendría indudable valor añadido. De nada serviría establecer un sistema de atribución de jurisdicción o de resolución de conflictos de jurisdicción cuando hubiera procesos paralelos abiertos en varios Estados, si luego el juez o fiscal interno carece de base legal para dictar, en este caso, una resolución fundada de archivo.

Al describir el «mecanismo de atribución de jurisdicción», habría que arbitrar que si hay acuerdo entre órganos judiciales, uno de ellos archivará el proceso según sus propias disposiciones nacionales. Una disposición de la Unión aseguraría esta posibilidad obligando a los Estados miembros a adoptar normas al efecto, incluso aquéllos como España, cuyos sistemas se basan en el principio de legalidad y que, por tanto, encontrarían en principio más dificultades para interrumpir el procedimiento penal por meras consideraciones de oportunidad.

Y es que, actualmente, estamos asistiendo en la práctica a inhibiciones de órganos jurisdiccionales españoles a favor de la jurisdicción de otros Estados, incurriendo a nuestro modo de ver en dos errores manifiestos. Por una parte, llamar inhibición a algo que no lo es, porque realmente no se traslada el asunto al juez extranjero por falta de competencia del juez español, sino por otro tipo de condicionamientos de oportunidad. Y, por otro, la utilización precisamente de criterios de oportunidad en materia de competencia y jurisdicción, materia de orden

público que debe estar regida por normas o criterios de atribución exclusivos y excluyentes, que conlleven, basándonos en la legalidad de una normativa europea, una posible cesión de nuestra jurisdicción que debe preverse para un tipo de delincuencia muy determinada de carácter transnacional.

Esta normativa europea con normas de atribución imperativas implicaría además, de cara a nuestro ordenamiento interno, la necesidad de reflexionar sobre cuestiones como la tutela judicial efectiva, el ejercicio de la acción popular o la garantía a la víctima en torno al ejercicio de la acción civil.

21 La Decisión Marco 2008/97/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, debe ser de aplicación al tratamiento de los datos personales que se intercambien en el contexto de la presente Decisión Marco.