



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

Repositorio Institucional

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional

Ottaviano, Santiago

Facultad de Derecho
Tesis Doctoral

SANTIAGO OTTAVIANO

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

**La prohibición de doble sanción
y de doble enjuiciamiento penal
en el Derecho Internacional**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Guillermo J. Yacobucci



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2008

ABREVIATURAS

CAAS	Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen
CDH	Comité de Derechos Humanos (ONU)
CN	Constitución Nacional (nombre oficial: Constitución de la Nación Argentina)
Comisión CE	Comisión de las Comunidades Europeas o Comisión Europea (pasó a tener este último nombre a partir de diciembre de 2009)
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Consejo UE	Consejo de la Unión Europea (a partir de diciembre de 2009 este órgano se escindió en dos, manteniéndose la parte integrada por los ministros nacionales con el mismo nombre y la parte integrada por los jefes de estado o jefes de gobierno con el nombre de Consejo Europeo)
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o Tribunal de Justicia Europeo (pasó a tener este último nombre a partir de diciembre de 2009).
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
U.S.	United States Reports

INDICE

ABREVIATURAS	III
INDICE	V
AGRADECIMIENTOS	XVII
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL *NE BIS IN IDEM* EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

A) EL ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN

1) Los antecedentes griegos	15
2) Su configuración en el derecho romano	17
a) <i>Ne bis in idem</i> y <i>litis contestatio</i>	19
b) <i>Ne bis in idem</i> y concurrencia de acciones	23
c) <i>Ne bis in idem</i> y cosa juzgada	35

B) EL *NE BIS IN IDEM* EN EUROPA

LUEGO DE LA CAÍDA DEL IMPERIO ROMANO

1) Primeros antecedentes bajo la influencia canónica	46
2) Primeros antecedentes en el derecho inglés	50
3) Los primeros antecedentes históricos españoles	54
4) En general, la incidencia de la prohibición de <i>bis in idem</i> durante la vigencia del modelo inquisitivo en Europa Continental	56

C) BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LA GARANTÍA (REMISIÓN)

1) Del constitucionalismo moderno a los instrumentos de Derechos Humanos	58
2) Resumen	60

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS Y MANIFESTACIONES DE LA PROHIBICIÓN

A) DISCUSIÓN PREVIA: ¿*NE BIS IN IDEM* O *NON BIS IN IDEM*? EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

1) Los términos del debate	63
2) El propio punto de vista	65

B) LA DENOMINADA TRIPLE IDENTIDAD

1) Identidad de sujetos	67
a) La persona física como sujeto	67
b) La persona jurídica como sujeto	69
2) Identidad de hechos	75
a) Del hecho a la norma: La identidad de hechos en la jurisprudencia constitucional española	77
b) De la norma al hecho: La identidad de delitos en la experiencia estadounidense	81
c) La identidad de hechos en un enfoque normativo y fáctico	87
d) Identidad de hechos en clave sustantiva	91
e) Identidad de hechos en clave procesal	95
f) Identidad de hechos en síntesis	100
3) Identidad de fundamentos	104
a) Identidad de fundamento y <i>causa petendi</i>	105
b) Identidad de fundamento y bien jurídico	107

INDICE vii

c) La identidad de fundamentos y los fines de la respuesta sancionadora	110
d) Identidad de fundamentos, sanción penal y sanción administrativa	114

**C) LA TRIPLE IDENTIDAD CUANDO CONCURREN
POTESTADES SANCIONADORAS AUTÓNOMAS**

1) Concurrencia internacional	121
2) Concurrencia interna	123
3) Concurrencia e identidad de sujetos	125
4) Concurrencia e identidad de hechos	127
5) Concurrencia e identidad de fundamentos	129

D) LAS DIFERENTES MANIFESTACIONES DEL *NE BIS IN IDEM*

1) Primera aproximación a la distinción entre <i>ne bis in idem</i> sustancial y <i>ne bis in idem</i> procesal	131
2) <i>Ne bis in idem</i> y cosa juzgada en materia penal	139
a) La cosa juzgada en general	139
b) La cosa juzgada material penal: la negación de su manifestación positiva y su extensión subjetiva	141
c) ¿Qué resoluciones tienen efecto de cosa juzgada material?	144

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DEL *NE BIS IN IDEM*

A) SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PROHIBICIÓN EN GENERAL

1) Planteamiento de un problema: La multiplicidad de propuestas fundadoras	149
a) Primer ejemplo: Los fundamentos del <i>ne bis in idem</i> en la discusión Argentina	151

b) Segundo ejemplo – Primera parte: Los fundamentos del <i>ne bis in idem</i> en el debate español desde la Constitución de 1978	155
c) Segundo ejemplo – Segunda parte: Los fundamentos del <i>ne bis in idem</i> en el debate español actual	160
2) El fundamento del <i>ne bis in idem</i> en el contexto general de los límites al poder del Estado: Dignidad Humana y Estado de Derecho	169
3) El <i>ne bis in idem</i> en el marco del debido proceso y como realización del valor seguridad jurídica	179

B) FUNDAMENTOS DE LAS DISTINTAS VERTIENTES DE LA PROHIBICIÓN

1) El fundamento específico del <i>ne bis in idem</i> sustancial: proporcionalidad de la pena.	187
2) El fundamento específico del <i>ne bis in idem</i> procesal: el doble riesgo y la dignidad de la persona	190
3) El fundamento específico de la cosa juzgada en materia penal: Una proyección más concreta de la seguridad jurídica	196
a) El interés común del Estado y de la persona en la fuerza de la cosa juzgada	197
b) La cosa juzgada y la tensión entre la seguridad jurídica y la justicia	199

C) ALGUNAS CONSECUENCIAS PARA LA CORRECTA CARACTERIZACIÓN DEL *NE BIS IN IDEM* DERIVADAS DE SU FUNDAMENTACIÓN

1) ¿Principio o regla?	204
2) ¿Derecho o garantía?	211

CAPÍTULO IV
EL *NE BIS IN IDEM* EN LA CONVENCION AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS

A) GARANTÍAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN GENERAL

1) Criterios que rigen la interpretación de los tratados sobre Derechos Humanos	215
---	-----

B) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

1) Cuestiones generales	219
2) El titular de la garantía	220
3) Doble punición-doble enjuiciamiento	229
a) Una redacción defectuosa, y su interpretación por los órganos interamericanos	229
b) Argumentos adicionales a favor de considerar incluidas las dos vertientes de la garantía en la Convención Americana	234
4) ¿Una garantía propiamente “penal”?	238
5) ¿Hechos o delitos?	243
6) ¿Qué se entiende por “sentencia firme” a efectos de la aplicación de la garantía?	245
7) ¿Prohibición de un segundo juicio, de un segundo proceso o de que exista la posibilidad de ser juzgado dos veces?	249

C) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1) Las excepciones a la garantía	254
a) ¿Garantías vs. garantías? Sobre la posibilidad de una segunda persecución cuando en el primer proceso se violaron las garantías del proceso equitativo	254
b) El <i>ne bis in idem</i> en los casos de persecución penal de violaciones a los Derechos Humanos	258
c) Síntesis crítica	267

x	EL PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>	
2)	La posibilidad de suspensión	271
3)	La posibilidad de una aplicación internacional de la garantía	276

CAPÍTULO V
EL *NE BIS IN IDEM* EN EL CONVENIO EUROPEO
PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

A) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

1)	Panorama General	279
2)	El titular de la garantía	281
3)	Doble punición-doble enjuiciamiento	283
4)	¿Una garantía propiamente “penal”?	285
5)	¿Hechos o delitos?	292
a)	La evolución de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo	292
b)	Síntesis crítica	302
6)	¿Qué se entiende por “sentencia final” a efectos de la aplicación de la garantía?	305
7)	¿Prohibición de ser juzgado dos veces, prohibición de ser sometido a proceso dos veces o prohibición de que exista la posibilidad de ser juzgado dos veces?	308

B) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1)	Las excepciones a la garantía expresamente reguladas	313
2)	La prohibición de suspensión	316
3)	Una convención internacional, una garantía de alcance local	317

CAPÍTULO VI
EL *NE BIS IN IDEM* EN EN EL PACTO INTERNACIONAL
DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

A) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

1) Cuestiones Generales	319
2) El titular de la garantía	320
3) Doble punición-doble enjuiciamiento	322
4) ¿Una garantía propiamente “penal”?	323
5) ¿Hechos o delitos?	328
6) ¿Qué se entiende por “sentencia firme” a efectos de la aplicación de la garantía?	336
7) ¿Prohibición de ser juzgado dos veces o prohibición de que exista la posibilidad de ser juzgado dos veces?	341

B) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1) Excepciones a la garantía	347
2) La posibilidad de suspensión del <i>ne bis in idem</i>	349
3) Un pacto internacional, una garantía de alcance local	351

CAPÍTULO VII
EL *NE BIS IN IDEM* EN EL CONVENIO DE APLICACIÓN
DEL ACUERDO DE SCHENGEN
Y EN OTRAS NORMAS DE LA UNIÓN EUROPEA

A) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN EN LA NORMATIVA DE SCHENGEN

1) Cuestiones Generales	353
2) El titular de la garantía	360

3) Doble punición-doble enjuiciamiento	362
a) El estado actual de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia	363
b) La incidencia en la cuestión de la jurisprudencia más específica del Tribunal en materia de defensa de la competencia	369
c) Síntesis del estado de la cuestión	373
4) ¿Una garantía propiamente “penal”?	374
a) Procedimientos y sanciones disciplinarios	375
b) Procedimientos y sanciones administrativos: Análisis de la cuestión a partir de una interpretación sistemática del Convenio	378
c) La doble persecución y sanción administrativas en Estados diferentes de la Unión Europea	383
d) Recapitulación sobre el concepto de “materia penal” en el Convenio	387
5) ¿Hechos o delitos?	388
6) ¿Qué se entiende por “sentencia firme” a efectos de la aplicación de la garantía?	393
a) La evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia	393
b) La incidencia en esta cuestión de la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención	399
c) Recapitulación sobre el concepto de “sentencia firme” en el <i>ne bis in idem</i> del Convenio	407
7) ¿Prohibición de un segundo juicio, de un segundo proceso o de que exista la posibilidad de ser perseguido dos veces?	409

B) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1) Las excepciones a la garantía	414
a) La excepción de “condena ejecutable”	414
b) Las excepciones del art. 55 inc. 1 en general	420
c) La excepción de territorialidad	421

INDICE	xiii
d) La segunda persecución permitida por la afectación de “intereses esenciales” del Estado que la lleva a cabo	424
e) La excepción referida a la persecución y sanción de funcionarios públicos	427
2) ¿ <i>Ne bis in idem</i> internacional o “intra comunitario”?	431
C) ULTERIOR EVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA EN LA UNIÓN EUROPEA	
1) Las disposiciones sobre <i>ne bis in idem</i> de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y del Proyecto de Constitución Europea	435
2) Otras normas de la Unión que traen referencias al <i>ne bis in idem</i> ...	441

CAPÍTULO VIII
EL NE BIS IN IDEM EN LOS ESTATUTOS
DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

A) CUESTIONES PRELIMINARES

1) La garantía en el contexto general del Derecho Penal Internacional	445
---	-----

B) LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES PARA LA EX YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA

1) Panorama general	449
2) ¿Hechos o delitos?	455
a) Las expresas referencias a “hechos” en los textos de los Estatutos y en la jurisprudencia de los tribunales <i>ad hoc</i>	455
b) La incidencia en la cuestión de la jurisprudencia sobre concurso de delitos e individualización de la pena	457
c) Valoración crítica de la evolución jurisprudencial antes reseñada	465
3) Algunas cuestiones sobre la prohibición de doble punición	468

xiv	EL PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>	
4)	El alcance de la prohibición de doble proceso	470
5)	Las excepciones a la garantía	479

**C) LAS DISPOSICIONES DEL ESTATUTO
DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE**

1)	Panorama general	486
2)	¿Hechos o delitos?	494
3)	Algunas cuestiones sobre la prohibición de doble punición	498
4)	El alcance de la prohibición de doble proceso	500
5)	Las excepciones a la garantía	510

**CAPÍTULO IX
CONCLUSIONES CRÍTICAS
SOBRE LOS SISTEMAS ESTUDIADOS**

**A) LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA:
LA PARTE “*IN IDEM*” DE LA FÓRMULA**

1)	Identidad de sujetos	516
2)	Identidad de hechos o identidad de delitos	521
3)	Identidad de fundamentos y la aplicación de la garantía a los ámbitos penal, administrativo sancionador y disciplinario	529

B) LO PROHIBIDO: LA PARTE “*NE BIS*” DE LA FÓRMULA

1)	La segunda sanción	537
a)	Prohibición de segunda sanción en general	537
b)	El principio de cómputo	539
c)	Las reglas concursales	541
2)	El segundo proceso	544

INDICE	XV
a) El avance requerido en el primer proceso para que el segundo constituya una repetición prohibida	544
b) La segunda persecución prohibida	550
C) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS	
1) La posibilidad de una aplicación internacional de la garantía	555
2) Las excepciones a la aplicación del <i>ne bis in idem</i>	560
SUMARIO DE CONCLUSIONES	571
BIBLIOGRAFÍA	593
JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTOS OFICIALES	607



AGRADECIMIENTOS

Ninguna tarea auténticamente humana es solamente trabajo individual, y esto se aplica especialmente a la elaboración de una tesis doctoral. En ella confluyen los aportes de aquellos autores cuyos planteamientos se estudian y analizan, de las personas con las que se intercambian ideas, de quienes infunden ánimos cuando las propias fuerzas faltan o dan orientación cuando surge la incertidumbre sobre cómo enfocar un tema o cómo cerrarlo. En ella están presentes los que leen borradores, dan apoyo para conseguir “ese” libro, artículo o fallo, o asumen el peso de otras tareas que se hace necesario dejar en un segundo plano para priorizar la investigación.

Redactar estas páginas de agradecimiento es pues un deber de justicia. Sin embargo escribirlas es a la vez placentero y difícil. Placentero, por el hecho de evocar tanta ayuda recibida. Difícil, por las injustificadas pero a la vez inevitables omisiones. La siguiente enumeración debe entenderse entonces como simple enunciación de ejemplos y no como una lista taxativa. Además, salvo algún caso puntual que por su obviedad no merece ser explicado, el orden de los agradecimientos que siguen no expresa más que el relativo caos en el que han ido resurgiendo en mi memoria los numerosos aportes recibidos.

En primer lugar quiero mencionar al director de esta tesis, Guillermo J. Yacobucci, cuya decisiva influencia en mi desarrollo personal y profesional excede el marco acotado de esta investigación. Necesitaría escribir otro libro para explicar lo mucho que me ha dado y me sigue dando el hombre y jurista íntegro que conocí a comienzos de 1994 como juez de un Tribunal en el que yo empezaba entonces a trabajar como empleado. Así y todo, lo que él representa para mi puede

sintetizarse en una frase que no por usual en el mundo académico deja de tener resonancias muy profundas y significativas: él es mi maestro. Un auténtico maestro en el más cabal sentido de la palabra.

También quiero destacar a todos los que han integrado el Consejo de Dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral durante el tiempo en que se desarrolló este trabajo. Esta tesis se ha dado en un marco institucional que, aún con las dificultades inherentes a todo lo que se emprende en nuestra amada Argentina, es favorable a la investigación. Entre los varios consejeros, habré de personalizar mi agradecimiento en el actual decano, Juan Cianciardo, no solo por su compromiso para hacer posibles dos estancias de investigación en Europa que fueron cruciales, sino también por haberme ayudado con las indudablemente tediosas lecturas y correcciones de algunos de los primeros borradores y con valiosísimas orientaciones metodológicas.

Dentro del marco favorable que me ha brindado la Facultad de Derecho quiero mencionar también el indispensable aporte de mis colegas, investigadores del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal y profesores de las cátedras que integro en esa casa tanto en el grado como en el posgrado. La investigación florece en un contexto de diálogo de ideas, y ese diálogo sólo es posible y fructífero si hay interlocutores válidos de la talla de Juan Rodríguez Estévez, Carlos González Guerra, Juan Cicciaro, Mario Laporta, Santiago Bahamondes, Sebastián Basso, Fernando Klappenbach, Mario Villar, Alejandro Free-land, Raúl Superti o Eduardo Codesido entre tantos otros que tengo muy presentes.

En esa misma línea, también han sido muy importantes para mi los aportes de los integrantes del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Tanto aquellos que influyeron directamente en mi formación durante los cursos de doctorado como Rodolfo Vigo o Joaquín Migliore, como aquellos con quienes tuve la oportunidad de discutir mis ideas o se preocuparon en acercarme materiales como por ejemplo Alfonso Santiago. A todos ellos, junto con mi maestro, debo el enfoque y muchas de las ideas volcadas en el capítu-

lo III en lo que hace a la fundamentación de la prohibición de *bis in idem*.

También quiero resaltar la colaboración de los profesores Luis García y Gabriel de Reina. En relación con el primero se me ocurre aplicable una paráfrasis quizás algo gastada de un famoso título de DWORKIN: pocos como Luis García han tomado tan en serio en Argentina los Derechos Humanos, estudiando los instrumentos internacionales que nos vinculan de manera sistemática y rigurosa, y analizando en especial sus implicancias en el proceso penal. A él debo no solo materiales sino formas de enfocar los problemas analizados en los capítulos IV, V y VI. En relación con el profesor de Reina, aún siendo un hombre del Derecho Civil, el entusiasmo de su vocación investigadora y su cercanía fueron muy importantes en momentos en que se hacía necesario renovar mis votos con el proyecto de tesis.

Igualmente justo es agradecer a las autoridades y al personal administrativo del Doctorado en Derecho de la Universidad Austral. En este sentido debo mencionar a Fernando Toller, que lo dirigió con una especial dedicación para cada uno de los doctorandos, eficazmente apoyado por la Srta. Romina Pittondo. El análisis integral que el Prof. Toller realizó de mi trabajo, en el marco del seminario doctoral por él mismo organizado, fue muy importante para encaminar la tesis hacia su conclusión. Además, sus orientaciones metodológicas han tenido un valor incalculable.

Por otra parte, ya he hecho referencia aquí a dos estancias breves de investigación. Ellas tuvieron lugar en el Área de Derecho Penal del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona en septiembre de 2006, y en el área de Filosofía de Derecho del Departamento de Derecho Público Especial de la Universidad de La Coruña en julio de 2007.

En el primer caso, quiero agradecer muy especialmente a Jesús María Silva Sánchez, catedrático y director del área de Derecho Penal de la Pompeu Fabra, y al profesor Ramón Ragués. Ambos fueron fundamentales para que mi viaje a Barcelona se hiciera posible. A través de ellos agradezco también a todos los integrantes de ese centro, que

tanto por sus objetivas calidades como por muchas contribuciones directas y concretas constituyen un punto de referencia ineludible para los que nos dedicamos a la cuestión penal en la Universidad Austral. En ese viaje he tenido además el privilegio de constatar personalmente lo que varios colegas que habían estado allí antes venían diciéndome desde hace tiempo: unas pocas horas con Jesús Silva equivalen a varios días o aún varias semanas de trabajo personal.

En el caso de mi estancia en la Coruña, fueron esenciales para que ella se concretara el catedrático Pedro Serna y el doctor Juan Bautista Etcheverry. El profesor Serna, maestro de varios filósofos del Derecho de la Austral, tuvo la amabilidad de recibirme y orientarme en un momento del año particularmente inoportuno para la actividad académica en el hemisferio norte, hecho por el cual le estaré siempre muy agradecido.

Además de todas las personas mencionadas, durante el desarrollo de la investigación mis ideas se vieron enriquecidas por el contacto con otros muchos destacados profesores. Entre ellos no puedo dejar de mencionar a don Enrique Bacigalupo a Daniel Pastor, y a Carlos Alberto Mahiques, de quienes he recibido múltiples muestras de generosidad académica.

Finalmente, una cosa es encarar el doctorado apenas concluída la carrera de grado en Derecho, como suele ocurrir en Europa, y algo muy distinto es hacerlo embarcado en la vida profesional, habiendo formado una familia, teniendo ya dos hijos y recibiendo otros dos en el camino. En estas circunstancias tesis doctoral es sinónimo de tiempo robado a la familia. Si afortunadamente ese “robo” resultó penalmente atípico es porque el tiempo necesario me fue amorosamente regalado por las seis personas que me son más queridas. A ellos dedico entonces las páginas que siguen, especialmente a esa mujer increíble que debió asumir como ningún otro la carga de mis ausencias doctorales.



INTRODUCCIÓN

Ya sea en las reflexiones de los jurisconsultos de la antigua Roma¹ o en el Estatuto de Roma para un Tribunal Penal Internacional Permanente de 1998², ya en las opiniones de los retóricos de la Grecia clásica³ o en la propuesta de Decisión Marco para la Unión Europea hecha en 2003 por la actual República de Grecia⁴, la idea de que nadie debe ser perseguido y castigado dos veces por el mismo hecho criminal viene siendo considerada desde hace mucho tiempo en el pensamiento jurídico occidental. Denominada actualmente *ne bis in idem* o *non bis in idem* en los países de tradición continental, y *double jeopardy* en el Derecho anglosajón, se trata de una prohibición muy difundida, pero que a la vez presenta concreciones y excepciones bastante diversas en los diferentes sistemas jurídicos. Siendo ello así, resulta un desafío interesante establecer con precisión cuáles son sus al-

¹ Dos referencias obvias en este sentido son el famoso “*bis de eadem re ne sit actio*” de QUINTILIANO (QUINTILIANI, M. Fabii, *Institutio Oratoria*, LIBER VII, cap. 6 § 4.) y el no menos clásico “*Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*” que aparece atribuido a GAYO en el Digesto (D.50,17, fragmento 57). Sobre esto se volverá en el capítulo I.A.2.

² En particular, la prohibición de *bis in idem* se regula en el art. 20 del Estatuto.

³ Sobre esto se volverá también en el capítulo I.A.1. Pero cabe adelantar que esta posibilidad surge del estudio de algunos pasajes de la obra de DEMÓSTENES, en especial en sus diatribas contra Leptino y contra Tomócrates. Véase por ejemplo MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición Patología y Contrarios*, Diego Marín, Murcia, España, 2006, págs. 41 a 43.

⁴ Véase Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio “*ne bis in idem*” (7246/2003 - C5-0165/2003 - 2003/0811(CNS)), de 2 de septiembre de 2003.

cances en los instrumentos internacionales a los que ha venido siendo expresamente incorporada desde la segunda mitad del siglo XX⁵.

La creciente extensión y el mayor protagonismo del Derecho Internacional, no obstante su valor e importancia en un mundo en el que las relaciones internacionales son cada vez más estrechas y complejas y se van transformando en interdependencia, genera incertidumbres acerca de cuestiones que son muchas veces reguladas mediante expresiones genéricas con el objeto de lograr consenso suficiente entre los Estados⁶. Ello tiene impacto en la interpretación de los instrumentos, pues los órganos de aplicación deben ir reconstruyendo

⁵ No obstante ser una prohibición muy extendida en los derechos nacionales, muchos autores siguen negando su carácter de principio general o de costumbre del Derecho Internacional precisamente por las diferencias que presenta en los ordenamientos locales. Sobre esto véase entre otros CONWAY, Gerard, “Ne bis in idem in International Law”, en *International Criminal Law Review* 3, Koninklijke Brill NV, Países Bajos, 2003, págs. 217 y 218.

Ya en las primeras décadas del siglo XX se discutía la posibilidad de una consideración genuinamente internacional de la prohibición precisamente a partir de su ya mencionada consolidación en los derechos locales. En este sentido véase en particular el art. 13 del proyecto Harvard de Convenio Internacional sobre Jurisdicción respecto del Delito y su interesante comentario explicativo que resume el estado de la cuestión por aquel entonces, publicado en “Issue Supplement: Research in International Law”, *The American Journal of International Law*, volumen 29, 1935, págs. 602 a 616. Sin embargo, aún cuando el *ne bis in idem* esté actualmente consagrado en varios instrumentos internacionales la cuestión de si debe aplicarse en supuestos de persecuciones intentadas en Estados distintos, es decir su aplicación estrictamente internacional, sigue siendo problemática hasta hoy, cómo se verá a lo largo de este trabajo. De todos modos hay que destacar que el objeto de análisis son las distintas manifestaciones de la prohibición en el Derecho Internacional y no únicamente ni principalmente su aplicación internacional.

⁶ En especial en los tratados, el empeño puesto en lograr una redacción aceptable para todas las partes lleva muchas veces a soluciones que se pueden calificar como “de compromiso”. Pero aún en instrumentos de otra clase como por ejemplo las declaraciones de Derechos Humanos, o los estatutos de tribunales penales internacionales, u otro tipo de decisiones tomadas en el ámbito de la ONU, de la OEA, del Consejo de Europa o de la Unión Europea, también se busca un consenso entre los delegados que exprese las cuestiones tratadas tomando en consideración las posiciones de los diferentes sistemas jurídicos.

el sentido de sus términos sobre bases no siempre claras⁷. Cuestiones que antes eran privativas de los Estados nacionales, son objeto de regulaciones internacionales que interactúan con los sistemas domésticos. Una manifestación de esta problemática es la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales por los tribunales locales, sobre todo en países como la Argentina donde, por imperativo constitucional, los tratados tienen un *status* superior al de las leyes e inclusive algunos instrumentos (tratados y declaraciones) ostentan jerarquía constitucional⁸. Respecto de estos últimos, la Corte Suprema argentina ha llegado a sostener además que deben ser aplicados por los jueces nacionales tal como rigen en el orden internacional⁹.

⁷ En principio para la interpretación de los tratados rigen sus propias pautas interpretativas si es que las tienen y los criterios establecidos en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido véase entre otros DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, La ley, Buenos Aires, 1970. Sin embargo tales criterios tampoco resultan suficientes para resolver todos los problemas. Conforme el mencionado art. 31 de la citada Convención de Viena: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Esto implica que el punto de partida es la primacía del texto. Ahora bien, en la práctica no siempre es posible hallar un único sentido corriente ni un contexto claro, sobre todo cuando un instrumento está redactado en varios idiomas oficiales y la norma que se pretende consagrar tiene, como el *ne bis in idem*, matices propios de significación y alcances en parte iguales y en parte diversos en los diferentes Estados signatarios. Ante tal situación, las demás pautas de interpretación de los restantes incisos del art. 31 y las complementarias del art. 32 de la Convención de Viena tampoco son determinantes. Esto lleva a que la opción del intérprete (miembro de un órgano internacional o de un tribunal local según el caso) pueda tener un peso aún más decisivo del que por sí ya tiene siempre el momento de aplicación del Derecho en su efectiva configuración.

⁸ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Al respecto véase BIDART CAMPOS, Germán J., “El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional” en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristián (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997, págs. 77 y 78.

⁹ CSJN, caso *Giroldi*, en *Fallos*, 318:514. Sobre este punto véase entre otros GARCÍA, Luis M., “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”, en GARCÍA, LUIS M. *et al.*, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ed. Ábaco, Buenos Aires,

En este marco complejo se da una suerte de retroalimentación, en la que resulta indispensable por un lado entender en su contexto específico las disposiciones de los instrumentos internacionales vigentes para poder aplicarlas respetando su primacía, pero al mismo tiempo la determinación del sentido de los términos empleados en los instrumentos para regular cuestiones preexistentes como el *ne bis in idem* se realiza muchas veces utilizando el arsenal teórico de los Derechos nacionales que es donde tales cuestiones han alcanzado un desarrollo conceptual más importante¹⁰.

En particular la prohibición de doble sanción y persecución penal se ha insertado de lleno en la dinámica por la cual la persona humana ha pasado a ocupar un lugar cada vez más preponderante en las regulaciones del Derecho Internacional, no ya en cuanto nacional de un Estado sino como sujeto titular de Derechos reconocidos expre-

2002, págs. 86 a 95. Algunas consideraciones críticas al respecto en OTTAVIANO, Santiago, “¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante los órganos internacionales de Derechos Humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, T. 2006/A, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 187 a 209.

¹⁰ Esto no implica negar la existencia de los llamados conceptos autónomos dentro de los tratados, que deben ser entendidos con un significado específico del Derecho Internacional y no interpretados tal como ellos se entienden en el orden local. No obstante, muchas de las cuestiones reguladas por los instrumentos internacionales en general (tratados u otros) no han nacido de la nada sino que han tenido un desenvolvimiento previo que influye necesariamente en su comprensión. Este efecto se observa por ejemplo en los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, a la hora de definir el problema de la identidad de hecho a los fines de la aplicación del *ne bis in idem*, que parece condicionada por una visión excesivamente “anglosajona” de la cuestión. Sobre ello véase capítulo VIII.B.2. Para un análisis de la noción de “conceptos autónomos” en el Derecho Internacional véase LETSAS, George, “The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR”, *European Journal of International Law*, volumen 15, abril de 2004, Oxford University Press, págs. 279 a 305.

Por lo demás, aunque el sentido atribuido a un concepto dentro del Derecho Internacional se independice en mayor o menor medida del significado que el mismo tiene en un ordenamiento local concreto, en general se conserva cierta similitud. Sin bien puede no ser posible hallar identidad de sentidos, se trata en general de supuestos de significados análogos que no llegan a la equívocidad.

samente, y destinatario de variadas disposiciones de tutela¹¹. En este sentido la prohibición ha sido recogida en instrumentos internacionales que tienen que ver con cuatro órdenes de cuestiones: 1) los Derechos Humanos, 2) el Derecho de la Integración, 3) el Derecho Penal Internacional y, 4) las relaciones entre Estados en materia de extradición y de reconocimiento de sentencias. Ello lleva a ulteriores problemas, pues las finalidades propias de cada una de esas áreas no son exactamente las mismas.

Al igual que en las constituciones surgidas desde la modernidad, todos los instrumentos sobre Derechos Humanos, aún aquellos que no son estrictamente convenios, incluyen como es sabido un cierto número de disposiciones vinculadas con lo penal, pues la experiencia histórica ha demostrado que el ejercicio de la potestad penal es frecuentemente ocasión de abusos graves en perjuicio de las personas¹². La inclusión del *ne bis in idem* en la cuestión de los Derechos Humanos deriva entonces de considerar a la prohibición como una de las exigencias mínimas de respeto a la persona en el ejercicio del poder penal estatal. Ahora bien, establecer cuál es exactamente ese mínimo de prohibición de *bis in idem* exigido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es algo que no resulta del todo claro a partir de la lectura de los textos pertinentes de los instrumentos que lo incluyen. Además, si se toma en consideración la ya mencionada diversidad de criterios existente en los países signatarios, se hace nece-

¹¹ El Derecho Internacional ya no puede ser descripto únicamente como el derecho de las relaciones entre los Estados. Ya en los antecedentes del derecho internacional humanitario, pero fundamentalmente a partir de la formal “internacionalización” de los Derechos Humanos en los arts. 1.3, 55 y 56 de la Carta de la ONU puede decirse que la persona humana pasó de la periferia al centro del Derecho Internacional (véase BUERGENTHAL, Thomas, *International Human Rights*, 2da. ed., West Publishing, Saint Paul, 1995, págs. 25 y siguientes).

¹² Describiendo la situación en la Europa de su tiempo, ya BECCARIA hablaba encendidamente en la introducción de su obra más famosa de “la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos” y del “excesivamente libre ejercicio del poder mal dirigido que tantos y tan autorizados ejemplos de fría atrocidad nos ha dado hasta ahora”. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (Edición de Franco Venturi), Bruguera, Barcelona, 1983, pág. 52.

sario un estudio detallado de la cuestión que incluya un examen crítico de la jurisprudencia de los órganos de aplicación. En este sentido conviene tener en cuenta los tres sistemas de protección de los Derechos Humanos que más han desarrollado el punto son el interamericano (a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los informes de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹³), el europeo (a través del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Europea¹⁴) y el de la ONU (sobre todo a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los informes y comunicaciones del Comité de Derechos Humanos¹⁵).

A partir de considerar el *ne bis in idem* como una condición necesaria para el ejercicio de un poder penal respetuoso de la persona, se tiene un elemento básico para entender también su actual desenvolvimiento en los restantes ámbitos del Derecho Internacional antes enumerados que, como quedara dicho, tienen de todos modos sus particularidades y finalidades propias.

En el Derecho de la Integración, la idea fuerza es que la conformación de un espacio único de seguridad y justicia entre varios Estados debe llevar a la libre circulación de personas, sin temor a la doble persecución o al doble castigo dentro de ese espacio común. En este sentido la experiencia de integración en la que la prohibición de *bis in idem* ha sido objeto de expreso tratamiento y desarrollo es la europea, sobre todo a través del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de las

¹³ Concretamente la prohibición está regulada en el art. 8. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el conjunto de las disposiciones dedicadas al debido proceso.

¹⁴ En realidad el texto principal de la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene ninguna disposición sobre el *ne bis in idem*, sino que está contemplado en el artículo 4 del Protocolo adicional N° 7 a la Convención. Con lo cual la prohibición rige únicamente para los Estados que son parte de ese Protocolo.

¹⁵ Específicamente la cuestión está en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro del elenco de las garantías penales.

Comunidades Europeas¹⁶. Se busca claramente en este ámbito evitar la doble persecución y punición en los diferentes Estados que conforman la Unión, como una suerte de situación intermedia entre lo que sería una aplicación puramente internacional y una aplicación interna del *ne bis in idem*. Este proceso eventualmente culminará con una versión constitucionalizada si es que finalmente prosperan el proyecto de Constitución Europea o bien el tratado de Lisboa¹⁷. Así y todo se hace necesario desentrañar cómo se va logrando una aplicación consistente de la prohibición sin una previa integración jurídica, y cuáles serían límites razonables a su aplicación entre Estados soberanos, por más integrados que estén.

La presencia del *ne bis in idem* en el Derecho Penal Internacional se vincula con que la persecución de los hechos que se consideran crímenes contra la humanidad esté sujeta también a ciertas exigencias mínimas de respeto a las personas sometidas a proceso. La prohibición (en particular la posibilidad de aplicarla en los casos en los que el proceso o la sanción penal previos ocurrieron en un Estado diferente del que pretende actuar en segundo término) también tiene una relevancia especial en este ámbito, sobre todo porque la persecución los crímenes contra la humanidad no suele estar limitada por criterios territoriales o de nacionalidad y por lo tanto se incrementa la posibilidad de persecuciones y sanciones múltiples por exactamente el mismo he-

¹⁶ En el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen hay un capítulo entero dedicado al *ne bis in idem* dentro del Título III. Se trata del capítulo tercero, que tiene la rúbrica “Aplicación del principio *non bis in idem*”, y se compone de los artículos 54 a 58 del Convenio. Por otra parte, conforme el artículo 2 y el anexo A de la decisión 1999/436 del Consejo, la normativa de Schengen sobre la garantía en estudio tiene su base jurídica en los artículos 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea,

¹⁷ En el proyecto de Constitución Europea firmado por los jefes de Estado en octubre de 2004 y nunca ratificado, el *ne bis in idem* aparecía en el art. II-110, que no es más que la re-numeración del art. 50 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, íntegramente incorporada a dicho proyecto como parte II.



cho y la misma razón¹⁸. Al mismo tiempo, la marcada tendencia que se da en el Derecho Penal Internacional en punto a que los hechos no queden impunes, ha llevado a regular una versión de la prohibición con limitaciones cuyos alcances merecen ser examinados detenidamente. La regulación más expresiva de la situación actual del *ne bis in idem* en el Derecho Penal Internacional está dada por los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales creados en el ámbito de las Naciones Unidas, en especial el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia¹⁹ y el Estatuto del Tribunal para Ruanda²⁰ con la jurisprudencia de esos órganos por un lado, y el Estatuto de Roma para el Tribunal Penal Internacional Permanente por otro²¹. Dichos estatutos regulan tanto aspectos sustantivos como procesales, tanto principios generales como cuestiones puntuales, previéndose expresamente la prohibición de *bis in idem* limitada por un conjunto de excepciones cuyos alcances son problemáticos en función de determinar hasta que punto se limita suficientemente la doble persecución y sanción.

En este trabajo se aborda pues el *ne bis in idem* en relación con las tres manifestaciones del Derecho Internacional antes mencionadas, buscando entender cuál es el alcance de la prohibición a partir de una cierta comprensión básica de ella que pueda estimarse común a todos los sistemas jurídicos²². Puede llamar la atención la omisión del tratamiento del *ne bis in idem* en relación con la extradición y el reconocimiento de sentencias. Sin embargo, el gran número de instrumentos

¹⁸ Véase entre otros KRESS, Claus, “Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international”, en *Journal of International Criminal Justice*, julio de 2006, Oxford University Press, pág. 14.

¹⁹ La prohibición está regulada en el art. 10 del Estatuto.

²⁰ El *ne bis in idem* aparece en el art. 9 del Estatuto, que es prácticamente idéntico al art. 10 del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia.

²¹ Como quedara dicho al comienzo, la prohibición es tratada en el art. 20, aunque cabe destacar ahora que ella se articula también con la cuestión de la complementariedad de la jurisdicción del Tribunal regulada en el art. 17 sobre admisibilidad.

²² Si bien las soluciones pueden no ser las mismas al menos los problemas básicos sí pueden plantearse con alcance general.

bilaterales y multilaterales que regulan el tema haría necesario un trabajo autónomo si se quisiera abarcar con mínima seriedad la cuestión²³. De todos modos, los problemas centrales que ella plantea aparecen colateralmente cada vez que se discute la posibilidad de una manifestación estrictamente internacional de la prohibición (es decir la concurrencia de potestades sancionatorias de diferentes Estados), sobre todo cuando se estudia el *ne bis in idem* en el Derecho de la Integración europeo²⁴.

Tampoco se trata de agotar aquí todos los tópicos que la doctrina y la jurisprudencia de los distintos sistemas jurídicos nacionales han ido vinculando con la cuestión del *ne bis in idem*. Una omisión destacada en este sentido es la cuestión del *ne bis in idem* y la reincidencia, que si bien presenta y aristas interesantes²⁵, no define lo que es la prohibición ni es indispensable para la comprensión de su sentido.

²³ Solo en los instrumentos vigentes en la Argentina se pueden encontrar por ejemplo referencias al *ne bis in idem* en el Tratado para la mutua entrega de criminales con Inglaterra (Ley 3.043), Artículo 4°; Tratado de extradición con Australia (Ley 23.729), Artículo 3; Tratado de extradición con el Reino de Bélgica (Ley 2.239), Artículo 3; Tratado de extradición con Corea (Ley 25.303), Artículo 3; Convención Interamericana sobre extradición firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 (Ley 1.638), Artículo 3°; Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal con el Reino España (Ley 23.708), Artículo 9; Tratado de extradición con Estados Unidos de América (Ley 25.126), Artículo 5; Convención de Extradición con la República de Italia (Ley 23.719), Artículo 7; Convención para la extradición de malhechores con el Reino de los Países Bajos (Ley 3.495), Artículo 3°; Tratado de extradición con Paraguay (Ley 25.302), artículo 6; Tratado de extradición con la Confederación Suiza (Ley 8.348), Art. 3°; Tratado de Extradición con los Estados Unidos del Brasil (Ley 17.272), Artículo III; Tratado de extradición con la República Oriental del Uruguay (Ley 25.304), artículo 6. Además, la cuestión aparece regulada en el art. 11, inc. b) de la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal. Para un tratamiento general de la cuestión, con especial énfasis en el problema de la identidad de hechos, véase GONZÁLEZ WARCALDE, Luis S. y DEL CARRIL, Enrique, *La Extradición*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 163 a 171

²⁴ Véanse capítulo VII.A.5. y capítulo IX.C.1.

²⁵ Para un análisis de los problemas que la reincidencia entraña en el contexto de una adecuada operatividad del principio de culpabilidad, y su relación con el *ne bis in idem* en este marco, véase BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 164 a 170.

Por ello, este tema solo aparecerá colateralmente, en la medida en que haya sido expresamente tratado en las áreas del Derecho Internacional que son objeto de análisis.

Es posible apreciar entonces que se ha realizado una cierta selección de diversos instrumentos que resultan ser los más representativos de las grandes áreas del Derecho Internacional que más claramente expresan la situación global del *ne bis in idem* en el momento actual, y que se trabajan luego de un primer abordaje general de la prohibición.

De este modo en el capítulo I se presentan los antecedentes históricos del *ne bis in idem* como una primera aproximación al tema que permita apreciarlo con una perspectiva amplia. El énfasis de este primer desarrollo está puesto en las manifestaciones de la prohibición anteriores al constitucionalismo moderno, es decir a su sustrato primario que, salvo excepciones, suele quedar injustamente relegado de la reflexión sobre las garantías penales²⁶.

En el capítulo II se comienza por discutir mínimamente la frase latina por la que hoy se conoce a la prohibición de *bis in idem*. Pero fundamentalmente se desarrollan ciertas cuestiones que son, como quedara dicho, ineludibles para el análisis crítico posterior de los textos legales por los cuales se consagra el *ne bis in idem* en los instrumentos internacionales. Se tratan en este capítulo los problemas básicos en la comprensión actual de la prohibición, en especial la denominada triple identidad de sujetos, hecho y fundamento, y de aproximarse someramente a sus manifestaciones o vertientes sustantiva y procesal, y a su relación con la cosa juzgada. Se explica aquí fundamentalmente al *ne bis in idem* a la luz de la reflexión constitucional.

En el capítulo III y se encara la imprescindible discusión acerca de su sentido y fundamento, es decir su conexión con los principios jurídicos básicos, tomando posición al respecto. Ello permite empre-

²⁶ Entre los trabajos más importantes en lengua castellana constituye por ejemplo una excepción DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 33 a 62.

der luego un análisis crítico de los textos legales y las soluciones jurisprudenciales y doctrinarias de los instrumentos internacionales que se desarrollan en los capítulos siguientes sobre bases iusfilosóficas claras.

Claro está que al esbozar mínimamente las ideas básicas se corre el riesgo de condicionar el análisis a partir de una cierta visión de la prohibición vinculada en realidad con alguna particularidad de un cierto ordenamiento. Es decir, que se corre el peligro de presentar como un problema general algo que no es más que una particularidad del propio sistema jurídico. Para evitar ese condicionamiento, en los capítulos II y III se recurre en varias oportunidades a ejemplos y problemas extraídos de la discusión constitucional del *ne bis in idem* en diferentes países, especialmente Estados Unidos, Argentina y España, tomando en cuenta tanto decisiones judiciales como la doctrina. De este modo se busca lograr que el punto de partida para el análisis esté efectivamente estructurado en torno a cuestiones generales y comunes, cuyo desarrollo no esté excesivamente condicionado por el propio sistema jurídico, algo que de todos modos no resulta posible descartar por completo.

En los capítulos IV a VIII se estudian los textos legales sobre *ne bis in idem* en diversos instrumentos del Derecho Internacional antes mencionados, y la interpretación que de esos textos han hecho los órganos de aplicación correspondientes.

En concreto se dedica todo el capítulo IV al análisis de la prohibición en el sistema interamericano, el capítulo V al estado de la cuestión en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos, y el capítulo VI a la configuración del *ne bis in idem* en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el Capítulo VII se analiza el modo en que la prohibición aparece consagrada en el Derecho de la Integración de la Unión Europea, con especial énfasis en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y la jurisprudencia correspondiente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El capítulo VIII por su parte está dedicado al *ne bis in idem* de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales antes mencionados.

Finalmente, en el capítulo IX se realiza un análisis crítico marcadamente conclusivo de los principales problemas existentes en todos los sistemas estudiados a la luz de las cuestiones generales presentados en los capítulos II y III. Esto no excluye por supuesto un posterior sumario de las conclusiones de todo el trabajo que se presenta como apartado final.

Es importante tomar en consideración una cuestión metodológica vinculada con los capítulos IV a VIII. En algunas obras sobre *ne bis in idem*, al describirse el estado de la cuestión en cierto instrumento internacional y en la jurisprudencia del órgano de aplicación correspondiente, se transcribe el texto legal y se pasa a redactar un resumen de la doctrina de las sentencias más importantes de los órganos de aplicación sobre la prohibición con un criterio más bien cronológico²⁷. La ventaja de este enfoque es que al ser eminentemente descriptivo, permite una presentación más objetiva de la información, sin quitar de contexto las afirmaciones de los tribunales y evitándose de este modo tergiversar sus puntos de vista. La principal limitación de una presentación así es que no quedan bien claros los problemas concretos que plantean los textos legales y la evolución jurisprudencial que pueda haber existido en torno a cada uno de esos problemas en forma organizada y sistemática. El enfoque opuesto hubiese sido reorganizar toda la información legal y jurisprudencial en función de los problemas generales que suele plantear la fórmula *ne bis in idem*, conforme lo esbozado en el capítulo II. La principal ventaja de un enfoque así sería una completa coherencia expositiva. Sin embargo, con ello el

²⁷ Así por ejemplo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 21 a 33, donde desarrolla la prohibición en el sistema Europeo de Derechos Humanos. También PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 43 a 53, donde trabaja la prohibición también en instrumentos de derechos humanos, en este caso en la Convención Europea y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



lector pierde contacto con la realidad de los textos legales y con la manera de razonar de los tribunales. Ello implica, en otras palabras, cierto forzamiento de la realidad jurídica para insertarla en un esquema de análisis en el que no queda del todo evidenciada la forma en que los problemas concretos se han ido planteando y resolviendo ante los órganos de aplicación. Es por eso que en general se ha optado en los capítulos IV a VIII por un enfoque intermedio, presentando las cuestiones con un criterio más tópico, como problemas interpretativos que se repiten en los diferentes textos legales. Una vez construido ese necesario puente se reconducen los problemas interpretativos particulares a las cuestiones generales clásicas sobre *ne bis in idem* en el capítulo IX, que constituye así un valoración crítica final orientada a cerrar el análisis de manera consistente con los puntos de partida.

En síntesis, se puede partir de un consenso bastante generalizado en punto a que nadie debe ser perseguido o castigado dos veces por lo mismo. Pero el consenso se detiene allí. Cómo fue gestándose esta idea en el Derecho occidental es lo que se trabaja en el capítulo I. Qué quiere decir exactamente “nadie” (identidad de sujeto) “por lo mismo” (identidad de hecho y de fundamento), qué significa en una primera aproximación ser “perseguido dos veces” (doble proceso) o “castigado dos veces” (doble sanción) es lo que se desarrolla en el capítulo II. Ya en un plano más iusfilosófico, en el capítulo III se estudia por qué razón corresponde limitar de ese modo el poder penal. Cómo se desenvuelve concretamente la prohibición en el ámbito de la convenciones Interamericana y Europea de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el tema de los capítulos IV a VI. Cómo se la plasma en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen junto con otras normas de la Unión Europea, y en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, es la cuestión tratada respectivamente en los capítulos VII y VIII. Sobre esas bases se sintetizan comparativa y críticamente los principales hallazgos sobre el funcionamiento de la prohibición en los mencionados ordenamientos en el capítulo IX.

Los sistemas analizados son varios y los términos utilizados en los instrumentos elegidos son a veces idénticos, a veces similares y otras diferentes. Además la manera de interpretar aún los mismos vocablos puede variar de un órgano de aplicación a otro. Así es que no debe extrañar al lector que justamente en este trabajo en más de una oportunidad haya que volver “dos veces sobre lo mismo”. Pero vale la pena el esfuerzo si con ello se gana una comprensión más profunda de la prohibición de *bis in idem* dejando la comodidad del propio orden jurídico nacional, abandonando un aislamiento que ha quedado superado por la realidad en la era de la globalización jurídica.



CAPÍTULO I

EL *NE BIS IN IDEM* EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

A) EL ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN

1) LOS ANTECEDENTES GRIEGOS

En la literatura jurídica dedicada al estudio de la prohibición de *bis in idem* se ha planteado desde hace tiempo la posibilidad de que ella tuviera en la retórica griega su precursor más antiguo dentro de la cultura occidental²⁸. Esta hipótesis ha sido fundamentada a partir del estudio de algunos pasajes de la obra de DEMÓSTENES, retórico griego del siglo IV A.C.²⁹ Desde esta perspectiva parecería que la primera formulación expresa de la prohibición, tomada de la Constitución de Atenas, aparece en la diatriba “Contra Leptino”, en la que DEMÓSTENES presentaba su alegación como abogado en defensa de los sucesores de ciertos benefactores atenienses que habían obtenido en su momento unas exenciones fiscales. Ahora bien, la vigencia de esas exenciones peligraba precisamente porque Leptino había sometido a aprobación una ley que privaba de ellas a los mencionados herederos de

²⁸ Así LIEBS, Detlef, *Der Herkunft der Regel “bis de eadem re ne sit actio”*, ZRG Rom Abt., 84 (1967). Este autor sugiere que las primeras referencias que se conocen sobre el *ne bis in idem* en Roma, que aparecen en la obra de los retóricos romanos QUINTILIANO y GAYO, son en realidad ejemplos tomados de los retóricos áticos que a su vez utilizaban como herramienta de discusión cuestiones escogidas de su propio derecho en el siglo IV A.C.

²⁹ Así MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición Patología y Contrarios*, Ed. Diego Marín, Murcia, España, 2006, págs. 41 a 43.

los beneficiarios primigenios. Uno de los argumentos empleados por Demóstenes fue el siguiente: “las leyes no permiten que sea(n) dos veces contra el mismo por los mismos³⁰”.

La similitud de esta formulación con la frase *ne bis in idem* resulta sin dudas sorprendente. Más aún, al parecer DEMÓSTENES habría insistido en la caracterización de la garantía afirmando luego en la misma diatriba: “Sabéis sin duda que por cada crimen público, por grave que sea, la ley no establece más que una pena. Dice [la ley] expresamente: ‘En todo juicio, no será impuesta más que una pena, corporal o pecuniaria, a elección del tribunal; la acumulación está prohibida³¹’”. Esta última expresión pone de manifiesto sin dudas la prohibición de doble punición o vertiente sustantiva de la garantía. Pero además resulta interesante ver que esta formulación de la prohibición no solo vedaría penar dos veces sino también imponer conjuntamente sanciones de diferente naturaleza al sujeto responsable de un hecho delictivo. Tal imposición es sin embargo algo bastante habitual en los ordenamientos penales actualmente vigentes, que por ejemplo sancionan una misma conducta con penas privativas de libertad y pecuniarias³².

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.* Aquí MUÑOZ CLARES sigue la versión francesa y los comentarios de NAVARRE, Octave y ORSINI, Pierre de DEMOSTHÉNE, *Plaidoyers politiques*, tomo I, segunda edición, Les belles lettres, París 1968, página 105, parágrafo 147, quienes facilitan el texto original griego y la traducción al francés. Estos comentaristas hablan también de un paralelismo o simetría estructural entre esta expresión jurídica y la conocida frase de HERÁCLITO: “Nadie puede entrar dos veces en el mismo río”.

³² Entre los varios ejemplos que es posible encontrar en la legislación penal argentina y comparada, el art. 22 bis del Código Penal Argentino establece como pauta general: “Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla.”

En el Código Penal de España también hay varios casos de prisión y multa conjuntos por ejemplo las estafas del art. 250, o los delitos contra la propiedad intelectual del art. 270 entre otros.

En este sentido en CSJN, caso *Moño Azul*, sentencia de 15 de abril de 1993, en *Fallos* 316:687, disidencia del ministro Boggiano, considerando 4º, se lee: “El



Además de este antecedente de la vertiente sustantiva del *ne bis in idem*, se ha dicho que es igualmente posible hallar otras manifestaciones de la garantía en la diatriba del mismo DEMÓSTENES “contra Tomócrates”, que la vinculan con la cuestión de la cosa juzgada³³. De este modo se podría sostener que ya en el Derecho griego quedaban abarcadas varias de las manifestaciones que se le reconocen actualmente a la garantía en estudio³⁴.

2) SU CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

No obstante lo expresado en el apartado previo en punto a los orígenes griegos del *ne bis in idem*, lo cierto es que esta frase latina por la que se lo sigue denominando aún en casi todos los países de occidente (fuera del ámbito anglosajón donde prima la denominación *double jeopardy*) nos remite a su evolución en el Derecho romano. Así y todo, aún dentro de este Derecho no resulta posible establecer el momento preciso de su surgimiento, sino que hay que contentarse con señalar de manera aproximada el desenvolvimiento y alcances de las normas jurídicas que constituyeron sus antecedentes más destacados.

La frase *ne bis in idem* podría ser vista como una evolución y simplificación en los términos del aforismo latino *bis de eadem re ne sit actio* (que la acción no sea dos veces por la misma causa). Ese aforismo ha llegado hasta nosotros a través de la obra del retórico QUINTILIANO, quien parece haber tomado la frase simplemente como un ejemplo de expresión jurídica problemática. La oración completa en la que la frase se inserta dice lo siguiente:

principio *non bis in idem* prohíbe la aplicación de una nueva sanción por un mismo hecho ya juzgado y castigado (. . .), más no la simultánea aplicación de penalidades como consecuencia de la persecución penal de un mismo hecho, siempre que se respete el principio de razonabilidad de las penas impuesto por la Constitución Nacional.”

³³ MUÑOZ CLARES, ob. cit., pág. 44.

³⁴ *Idem*, pág. 45.

*“Solet et illiud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: “bis de eadem re ne sit actio”: id est, hoc “bis” ad actorem an actionem”*³⁵.

Una traducción aproximada de sería:

“También se suele preguntar, para establecer la cuestión, sobre lo que está escrito: “que la acción no sea dos veces por la misma causa” si este “dos veces” se refiere a las partes o a la acción”.

En definitiva, en la cita precedente se reconoce la existencia de una norma que veda la reiteración de procesos y se plantea como un problema la determinación de sus alcances a causa de su formulación imprecisa. Precisamente por esa dificultad se dice de ella lo siguiente: *“Haec ex iure obscuro”*³⁶.

En la obra de QUINTILIANO no hay explicación acerca de los orígenes de la frase transcripta, ni aparece mencionada la fuente concreta de la cual él mismo la tomó. De todos modos, el giro que dicho autor utilizó para referirse a ella permite hipotizar que, independien-

³⁵ QUINTILIANI, M. Fabii, *Institutio Oratoria*, LIBER VII, cap. 6 § 4. La oración transcripta es la culminación de una larga ejemplificación sobre frases jurídicas problemáticas. En efecto, ella se inserta a su vez en el siguiente párrafo: *“Scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hinc pendet. Quo minus id accidere in scholis mirum est: ibi etiam ex industria fingitur. Eius genus unum est in quo et de scripto et de voluntate quaeritur. Id tum accidit cum est in lege aliqua obscuritas. In ea aut uterque suam interpretationem confirmat, adversarii subuertit, ut hic: “fur quadruplum solvat: duo surriperunt pariter decem milia: petuntur ab utroque quadragena, illi postulant ut vicena conferant”. Nam et actor dicit hoc esse quadruplum quod petat, et rei hoc quod offerant: voluntas quoque utrimque defenditur. Aut cum de altero intellectu certum est, de altero dubium: “ex meretrice natus ne contionetur: quae filium habebat prostare coepit: prohibetur adulescens contione”. Nam de eius filio quae ante partum meretrix fuit certum est: an eadem huius causa sit dubium est, quamquam ex hac natus est, et haec meretrix est. Solet et illiud quaeri, quo referatur quod scriptum est: “bis de eadem re ne sit actio”: id est, hoc “bis ad actorem an actionem. Haec ex iure obscuro.”*

³⁶ *Ibid.*

temente de su antigüedad, se trataba de una norma vigente al momento en que él escribía.

La confirmación de la existencia de algún tipo de manifestación de este principio en el antiguo derecho romano viene dada además por los fragmentos recopilados posteriormente en el Digesto. El más significativo en este sentido, por su similitud con la frase actual *ne bis in idem*, es el que aparece dentro del Libro 50, en el título 17 dedicado precisamente a las reglas del derecho antiguo. Allí aparece la siguiente frase atribuida a GAYO: “*Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*” Esta sentencia ha sido traducida del siguiente modo: “No tolera la buena fe que se exija dos veces lo mismo”³⁷. Claro está que esta frase puede ser referida tanto a la doble imposición de condenas como al reclamar dos veces un pago en un procedimiento civil.

Si bien, como quedara dicho, no resulta posible establecer con precisión la evolución del *ne bis in idem* en las diferentes etapas históricas del derecho romano, se puede tener por cierto que, aún con matices y opiniones encontradas acerca de sus verdaderos alcances, la prohibición existía. El ámbito de aplicación de ella se puede vincular con tres órdenes de cuestiones: a) Como un efecto del momento del proceso conocido como *litis contestatio*. b) En su vinculación con el problema de la concurrencia de acciones. c) En sus relaciones con la excepción de cosa juzgada.

a) **Ne bis in idem y litis contestatio**

Como es sabido, en el desenvolvimiento histórico del derecho privado romano es posible identificar tres clases diferentes de procedimientos: El procedimiento que regía las llamadas acciones de la ley,

³⁷ D.50,17, fragmento 57. Véase versión castellana de D’ORS, Álvaro, HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco, FUENTESECA, Pablo, GARCÍA GARRIDO, Manuel y BURLLO, Jesús, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, Libros 37-50, Aranzadi, Pamplona, 1975, pág.873.

el procedimiento formulario y el procedimiento extraordinario³⁸. En todos ellos existía el momento denominado *litis contestatio*, que implicaba siempre la clara determinación y delimitación del objeto del proceso, el nacimiento de la obligación de ser juzgado y el cese de la etapa inicial dedicada al primer planteamiento de la cuestión y al tratamiento de excepciones preliminares. A los fines del presente trabajo interesa tener en cuenta los efectos de la *litis contestatio* en los dos primeros tipos de procedimiento, es decir en las acciones de la ley y en el procedimiento formulario. En ellos (aunque en este último solo en algunos casos) la *litis contestatio* operaba haciendo cesar *ipso iure* la obligación originaria cuando se trataba de acciones *in personam*. Se producía así una suerte de novación que hacía cesar el vínculo originario entre las partes, y hacía surgir la nueva obligación de atenerse a lo que decidiera el juez en la sentencia³⁹.

A este respecto cabe citar las *Institutas* de GAYO, donde puede verse un modo oblicuo de operatividad del *ne bis in idem* en relación los efectos de la *litis contestatio*. Este autor concretamente afirma:

“180. Y aún más, la obligación se extingue por la *litis contestatio*, siempre y cuando que la misma hubiera ocurrido en un *iudicium legitimum*. En efecto, en ese caso la obligación originaria se extingue y el demandado comienza a estar obligado por la *litis contestatio*. Pero si es condenado, desaparecida la *litis contestatio*, comienza a estar constreñido por la condena. Y todo esto conforme lo que está escrito por los antiguos: ‘Antes de la *litis contestatio* el deudor debe pagar; luego de la *litis contestatio* es menester que sea conde-

³⁸ Claro está que esta clasificación responde solamente a unos criterios de entre otros posibles, y tiene que ver más que nada con las formas rituales y con la estructura del proceso. Es una clasificación que tiene además su mayor capacidad de rendimiento en el procedimiento privado, ya sea civil o penal, pero no es la que mejor caracteriza la evolución del proceso penal que se verá luego al tratar la cosa juzgada en el derecho romano.

³⁹ Sobre las diversas clases de procedimiento y los efectos de la *litis contestatio* en cada una de ellas véase PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano* (trad. de la novena edición francesa por José Ferrandez González), Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954; en particular pág. 828, págs. 852 a 856 y pág. 872.

nado; y una vez condenado debe cumplir con la condena pronunciada'

181. Por ello, si yo reclamo una deuda por un *iudicium legitimum*, no podría con posterioridad accionar *ipso iure*, ya que mi reclamo (*intentio*) de que *dari mihi oportere* (algo me deba ser dado) sería inútil puesto que la *litis contestatio* ha puesto fin a la obligación de *dare*. Pero la solución es otra si yo accionara por un *iudicium imperio continens*, ya que en ese caso la obligación no deja de subsistir y en consecuencia puedo con posterioridad accionar *ipso iure*. Y si se me quiere obstruir la acción, se debe recurrir a la *exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*.⁴⁰

Entre los efectos que GAYO reconoce pues a la *litis contestatio*, interesa repetir la idea de que a partir de ella cesaba la obligación originaria del deudor demandado quien debía ceñirse a lo que se resolviera en la sentencia. Es por eso que, el acreedor que realizaba el re-

⁴⁰ Ver GAYO, *Institutas*, Trad. y comentarios de DI PIETRO, Alfredo, 4ta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, Comentario III “El derecho de las cosas (continuación)”, parr. 180 y 181, págs. 569 y 570. Es interesante señalar que el traductor, al comentar en nota estas frases de GAYO vincula también este efecto de la *litis contestatio* con el *ne bis in idem*. La traducción reproducida en el texto puede compararse con GAYO, *Instituciones*, Trad. y comentarios de ABELLÁN VELASCO, Manuel, ARIAS BONET, Juan A., IGLESIAS REDONDO, Juan y ROSET ESTEVE, Jaime, Civitas, Madrid 1990. Comentario tercero (Derecho de las cosas), números 180 y 181. La oración completa según esta última traducción es la siguiente: “También se extingue la obligación por la *litis contestatio*, siempre que se realice en un juicio “legítimo”, pues entonces la obligación principal se extingue y el demandado comienza a estar obligado por la *litis contestatio*; pero si es condenado ya no se atiende a la *litis contestatio* y empieza a estar obligado en virtud de la sentencia. Y esto es lo que está escrito en las obras de los antiguos: el deudor, antes de la *litis contestatio*, debe dar; después de a la *litis contestatio* debe cumplir la sentencia. De donde resulta que si reclamo una deuda en un juicio “legítimo” después no pueda ejercitar la acción por lo mismo, ya que inútilmente pretendo que se me debe dar, porque ya con la *litis contestatio* el deber de dar desaparece. Sucede lo contrario si yo pleiteo en un juicio basado en el poder del magistrado, pues entonces la obligación, no obstante persevera, y puedo por esto ejercitar la acción por lo mismo posteriormente, aunque debo ser rechazado por la excepción de cosa juzgada o deducida en juicio”.

clamo de una deuda en un juicio legítimo **ya no podía volver a reclamar lo mismo.**

Tal vez al jurista de este tiempo acostumbrado a ver y pensar al Derecho Penal como Derecho Público, pueda resultarle llamativo que se considere aquí que una garantía penal como el *ne bis in idem* tenga como antecedente cierto efecto de una etapa del proceso romano que operaba únicamente en los reclamos por obligaciones personales. Sin embargo no debe olvidarse que en Roma llegaron a coexistir la punición doméstica a cargo del *pater familiae* en la que el poder público no participaba en absoluto, el Derecho Penal privado en el que la persona damnificada por el hecho accionaba ante el sistema de justicia para obtener la sanción, y el Derecho Penal público circunscripto al castigo de cierto tipo de hechos que afectaban directamente un interés del Estado. El ámbito que interesa destacar especialmente ahora es el del Derecho Penal privado, dentro del cual el afectado por un delito podía demandar en ciertos casos un determinado monto dinerario en concepto de pena. Ese monto quedaba en muchos casos para el demandante pues la ley le reconocía tal derecho⁴¹. En otras palabras, entre las obligaciones personales que según el derecho romano surgían para los autores de ciertos hechos ilícitos, estaba la de entregarle a los damnificados dinero en concepto de *damnum* o *poena*.⁴²

Hay que reconocer además que la consideración de los efectos de la *litis contestatio* como un antecedente del *ne bis in idem* no ha sido aceptada pacíficamente en la doctrina, pues se ha planteado que el *bis de eadem re ne sit actio* constituía un principio autónomo que operaba precisamente fuera del ámbito de aplicación de los efectos de ella⁴³. Pero es de todos modos indudable que en el derecho romano,

⁴¹ Véase en este sentido PETIT, Eugene, *ob cit.*, págs. 580 a 583.

⁴² Precisamente la palabra *poenna* designaba originalmente sólo este plus pecuniario que se reclamaba en las acciones privadas derivadas de hechos ilícitos. Sobre estas acciones en general véase BLANCH NOUGUES, José M., *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano*, Dykinson, Madrid, 1997.

⁴³ Se ha sugerido por ejemplo que el efecto preclusivo de la *litis contestatio* no es una manifestación del *bis de eadem re ne sit actio* sino una cuestión autónoma que más bien tornaba innecesario este último principio para las *actio in personam*.

cuando la acción llegaba a la *litis contestatio* se la consideraba agotada o consumida, y no podía ya reproducirse, independientemente de que luego se dictase o no sentencia, y sin importar, en su caso, el contenido de esta. En muchas de las acciones personales previstas en el derecho romano, este agotamiento de la acción se daba *ipso iure*; para todas las demás por medio de una *exceptioni iudicium deductae*, que excluía la posibilidad de toda acción nueva⁴⁴.

b) *Ne bis in idem y concurrencia de acciones*

Tanto en la antigua Roma como en los Estados nacionales contemporáneos, el derecho evoluciona y las soluciones jurídicas a los diversos problemas que la realidad plantea van sufriendo modificaciones. En la mayoría de los sistemas jurídicos de la actualidad, que son herederos del constitucionalismo y de la codificación, las normas se presentan como un conjunto más ordenado que en los sistemas jurídicos de la antigüedad, y los criterios para establecer el comienzo y el cese de la vigencia de cada regla resultan hoy más precisos y terminantes. En Roma en cambio, la aparición de una solución nueva a un problema previamente regulado no implicaba necesariamente el cese de la respuesta anterior. La multiplicidad de fuentes, sobre todo en los períodos anteriores a las grandes compilaciones de TEODOSIO y JUSTINIANO, posibilitaba enfocar desde perspectivas diversas y resolver de diferentes maneras un mismo problema. La manifestación procesal de la situación descrita era la posibilidad de que ante un mismo supues-

Únicamente en este tipo de acciones la *litis contestatio* conllevaba la extinción de las obligaciones entre las partes y el surgimiento de una nueva relación jurídica a partir de la sentencia. De este modo, iniciar una nueva acción resultaba imposible no porque ello estuviera vedado por una norma concreta sino porque ya no existía la obligación originaria. En cambio en las *actio in rem* ese efecto no se observaba y por ello el principio en estudio tendría allí, y solo allí, su ámbito de aplicación específico. Véase CORNIL, Georges, *Une conjecture sur l'origine de la maxime bis de eadem re ne sit actio*, pág. 44 y siguientes.

⁴⁴ DE SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo V, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley de la versión francesa de 1849, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1879, pág. 173

to de hecho una misma persona tuviera la posibilidad de ejercer diversas clases de acciones. Esta situación fue planteada por el jurisconsulto PAULO del modo que sigue:

“Cuando la ley impone una obligación, si no hubiera previsto expresamente que sólo ejercitemos esa acción competen también por esa causa las antiguas acciones.”⁴⁵

Al estudiar pues la cuestión de los orígenes del *ne bis in idem* en el derecho penal romano, resulta de especial interés tomar en consideración los supuestos en que una misma situación fáctica daba lugar a más de un tipo de acción penal. En este punto es relevante la referencia a MOMMSEN, por su indiscutible autoridad científica en el estudio del derecho penal de Roma. Este autor, en su conocido libro *Derecho Penal Romano* no analiza expresamente el *ne bis in idem*, pero explica como se solucionaba el problema de la concurrencia de acciones penales en el Derecho de aquel entonces en los siguientes términos:

“En el concepto fundamental de cada delito, fijado por la ley o por la costumbre que tuviese fuerza de ley, no era posible incluir un mismo hecho más que una sola vez por la vía del procedimiento criminal; las diferentes clases y modalidades de procedimientos no podían ser empleadas sino alternativamente”⁴⁶.

Para fundar esa aseveración nuestro autor da un buen número de ejemplos. Así, afirma que la acción derivada de los delitos contra el Estado podía ejercerse ante las tribus o ante las centurias, y en una etapa posterior de la evolución del derecho romano, ante los Comicios o ante el tribunal de la *quaestio*. Sin embargo no era posible ejercerla

⁴⁵ D. 44, 7, fragmento 41, versión castellana de D´ORS, Álvaro, *et al.*, ya citada, pág. 480.

⁴⁶ MOMMSEN, Theodor, *Derecho Penal Romano*, trad. de Pedro Dorado Montero de la versión de Leipzig de 1899, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1999, pág. 547. Es de particular interés para la temática en estudio todo el capítulo XII, sobre concurrencia de acciones provenientes de delito.



ante ambos en forma sucesiva. Por otro lado quien hubiera pedido en un juicio por hurto el valor de lo robado más una cantidad igual (solución que contemplaba la ley de las doce tablas), veía vedada la posibilidad de entablar nuevamente una acción por hurto manifiesto o flagrante cuyas consecuencias eran mucho más graves para el reo. En el caso de la acción de injuria, quien la hubiera ejercido ante los recuperadores no podía entablar luego la acción establecida por la ley cornelia. En cuanto al hurto o daño en las cosas cometido por el dueño de una hospedería o por el jefe de un barco, el damnificado podía optar de manera excluyente entre una forma ordinaria de la correspondiente demanda y una versión de ella modificada por el pretor. Además, ninguna acción podía repetirse añadiéndole la cláusula noxal⁴⁷. En síntesis, para el autor mencionado la regla general era la siguiente:

“(C)uando de un mismo delito naciesen por igual fundamento ético dos acciones que hubieran de ser sustanciadas en juicio criminal, no podían promoverse ambas, sino que el empleo de la una excluía el ejercicio de la otra”⁴⁸.

Ahora bien, esta conclusión general de MOMMSEN, que parece inducida a partir del estudio de los casos de concurrencia que aparecen en el análisis de cada delito, no es opinión unánime entre los romanistas. Las discrepancias tienen su fundamento en afirmaciones generales indudablemente contradictorias que aparecen en las fuentes romanas que han llegado hasta hoy, en particular se tomarán en cuenta aquí los diversos fragmentos recogidos en el Digesto. Como se verá a continuación, esas afirmaciones contradictorias generan la sensación de que las opiniones de los jurisconsultos romanos sobre esta cuestión estaban bastante divididas. Así, es posible encontrar en las fuentes romanas afirmaciones que parecían reconocer la prohibición de promover acciones diferentes por un mismo hecho criminal como una norma absoluta, otras que por el contrario reconocían tal prohibición sólo en

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Idem* pág. 549.

algunos casos⁴⁹, y un tercer grupo que planteaba la directa negación de la prohibición, de modo que las acciones penales siempre concurrirían (sobre todo si surgían de leyes distintas⁵⁰).

En un primer nivel de análisis, debe distinguirse la concurrencia de diferentes acciones orientadas todas ellas a la imposición de sanciones, de la mera concurrencia de acciones diversas orientadas unas a la persecución de cosas y otras a la imposición de penas⁵¹. Así, parece claro que la acción para la recuperación de una cosa que el actor hubiera perdido como consecuencia de un hecho ilícito no impedía en el derecho romano la acción penal privada orientada a la aplicación de una pena pecuniaria por ese mismo hecho⁵². Esta consecuencia tampoco está excluida en el planteamiento de MOMMSEN⁵³, y además aparece expresamente recogida en el Digesto, como se ve en el si-

⁴⁹ Esta sería concretamente la posición de MOMMSEN, quien no niega la existencia de excepciones a lo que según él es la regla general de prohibición de concurrencia. Según su parecer la concurrencia de acciones era posible en los supuestos de delitos de diversa categoría y fundamento ético. Véase ob. cit., pág. 548 (regla 2da.).

⁵⁰ Para PETIT, ob. cit., págs. 910 y 911, las opiniones de los jurisconsultos estaban divididas en punto a si cabía o no la concurrencia de acciones penales, pero la tesis favorable a la concurrencia fue el punto de vista que acabó por imponerse en el ultimo estadio del derecho romano. Además, según el criterio de este autor esta doctrina tiene mayor fundamento pues cada delito necesita una represión especial y el objeto de cada acción penal es diferente aunque se trate del mismo caso.

⁵¹ En este sentido, existía en el derecho romano una clasificación de las acciones de acuerdo a las siguientes categorías: acciones persecutorias de la cosa, acciones persecutorias de la pena y acciones persecutorias de la cosa y de la pena o mixtas. Véase así en JUSTINIANO, *Institutas*, 4, 6, 16. Véase también COUDER, M. Ruben de, *Compendio de lecciones escritas de Derecho Romano*, trad. de Alvaro Lope Orriols de la 5ta. edición francesa), Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1883, págs. 643 a 645.

⁵² Así por ejemplo lo entiende MAYNZ, Carlos, *Curso de Derecho Romano*, Tomo I, trad. de Antonio José Pou y Ordinas, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1887, págs. 582 y 583.

⁵³ En efecto, este autor afirma que “Cuando un mismo hecho diese lugar a dos acciones, una por delito y otra por causa no delictuosa, esas acciones se consideraban como independientes entre si, y, por tanto, se podía ejercer una de ellas en pos de la otra”. Ob. cit., pág. 548 (regla 1ra.).

guiente fragmento referido a las diversas acciones que se pueden originar en un hecho de hurto:

“(3) Como la acción de hurto persigue una pena y la condición, como la reivindicatoria, la recuperación de la cosa, resulta claro que, si se recupera la cosa, permanece íntegra la acción de hurto, pero se excluye la reivindicatoria y la condición, como, por el contrario, si se paga la pena del doble o del cuádruplo, se conservan la reivindicatoria y la condición”⁵⁴.

Dicho con otras palabras, la acción que perseguía la imposición de una pena por el delito de hurto no excluía las que tendían a la recuperación de la cosa hurtada o su valor y viceversa. Pero más allá de esta pseudo-excepción, resulta necesario ver cómo tratan las fuentes romanas existentes los casos de concurrencia de dos o más acciones auténticamente penales⁵⁵. Así, a favor de la tesis negadora de la posibilidad de concurrencia puede citarse la siguiente frase atribuida en el Digesto a MODESTINO:

“Varios delitos sobre una misma cosa producen varias acciones, pero es cosa probada que no se pueden ejercitar todas ellas,

⁵⁴ La frase es atribuida a GAYO. Véase D. 47,2, fragmento 55 (54), parr. 3, Versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 617. Además, el mismo GAYO en sus *Institutas* nos dice lo mismo en términos más generales: “Accionamos a veces para conseguir solamente una cosa, a veces para conseguir solamente una pena, y en otros casos para conseguir tanto una cosa como una pena” (trad. y comentarios de DI PIETRO, Alfredo, ya citada, pág. 626).

⁵⁵ La concurrencia de varias acciones penales ante un único delito no debe ser confundida con la concurrencia de varias acciones penales contra una misma persona como consecuencia del concurso de varios delitos. Esta última situación también aparece mencionada en el Digesto, que pone en boca de ULPIANO las siguientes afirmaciones: “De la concurrencia de varios delitos nunca puede resultar que el los cometió salga impune, porque un delito no debe atenuar la pena de otro delito. (1) Así, pues el que hurtó y mató un esclavo, responde con la acción de hurto, por hurto, y con la [de la ley] Aquilia por matar, y ninguna de estas dos acciones consume la otra.” Véase D. 47, 1, fragmento 2, versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 599.



pues cuando nacen varias acciones de una sola obligación, hay que ejercitar sólo una y no todas.”⁵⁶

En la misma línea del fragmento anterior, no encontramos en el Digesto con una frase atribuida a PAULO en la que éste, sin dar su propia opinión sobre el punto, nos cuenta sobre la existencia de una disposición del senado romano que explícitamente prohibía la concurrencia de acciones penales consagradas en leyes distintas:

“Estableció un senadoconsulto [de la época del emperador Tito] que no se puede acusar a una persona por un mismo hecho, en virtud de leyes distintas.”⁵⁷

Estos dos fragmentos permitirían sostener la existencia de una prohibición de alcance general, que vedaría en todos los casos la concurrencia de acciones penales aún cuando existieran leyes que castigaban de diferente manera un mismo supuesto de hecho. Sin embargo MOMMSEN ha dicho, refiriéndose expresamente al último fragmento del Digesto transcrito, que la regla establecida por el senadoconsulto era de difícil aplicación pues no siempre resultaba posible determinar si se estaba ante un mismo hecho castigado de maneras diferentes pero por los mismos fundamentos (lo que haría aplicable la prohibición) o

⁵⁶ D. 44, 7, fragmento 53, Versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 482.

⁵⁷ D. 48, 2, fragmento 14, Versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 674. Esta frase atribuida a PAULO no expresa de todos modos el pensamiento propio de este jurisconsulto sobre la cuestión de la concurrencia. Por un lado, está claro que en el fragmento comentado PAULO no expresa como suya esa formulación taxativa del principio sino que la remite a una orden establecida por el senado romano en la época de Tito. En segundo lugar, deben tenerse en cuenta otros fragmentos atribuidos al mismo PAULO (como el transcrito al comienzo de este acápite), de los que surge su posición favorable a la posibilidad de concurrencia. En efecto, y como se verá con más detalle a continuación, en otros fragmentos del Digesto este jurisconsulto expresa con mayor claridad un punto de vista en principio favorable a la concurrencia, pero con algunas limitaciones.

si por el contrario se estaba en presencia de más de un “fundamento ético”, es decir la presencia de varios delitos punibles separadamente por tener diferente razón de ser. Según este autor, los jurisconsultos romanos resolvían aceptar la concurrencia de acciones en caso de duda acerca de si estaban realmente en presencia de un único delito⁵⁸.

Dejando de lado ahora la idea de una prohibición absoluta de concurrencia de acciones penales, cabe referirse al punto de vista según el cual la prohibición de concurrencia existía pero con un alcance limitado. Este parecer está concretamente expresado en la obra de PAULO, ahora sí como manifestación de su propio pensamiento acerca de la cuestión. Así por ejemplo, en relación con las acciones y las penas previstas para el hurto y para el robo con violencia en el Digesto se le atribuye la afirmación que sigue:

“El que robó una cosa responde al doble por la acción de hurto no-manifiesto y al cuádruplo por la de cosas robadas con violencia; pero si se ha ejercido ya esta última debe denegarse la de hurto; si se ejerció antes la de hurto, no debe denegarse la otra, pero sólo servirá para conseguir la diferencia de pena.”⁵⁹

⁵⁸ Véase ob. cit., pág. 549 (regla 3era.). El problema de saber si para la operatividad del *ne bis in idem* se requiere un segundo proceso por el mismo “hecho” (supuesto fáctico) o bien por el mismo “delito” (atendiendo más que nada a la calificación legal de la conducta y al interés de quien detenta la potestad penal por proteger distintos bienes) continúa hasta nuestros días. La cuestión será tratada en el capítulo II, punto B.2. de este trabajo al cual cabe remitirse.

⁵⁹ D. 47, 8, fragmento 1, Versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 633. La redacción de este fragmento es parcialmente distinta aunque idéntica en su significado a otro del mismo PAULO en el que se lee: “Si uno hubiera ejercitado ya la acción de bienes robados por la violencia, no puede ejercitar también la de hurto; mas si eligiera la de hurto por el doble, puede ejercitar también la otra acción siempre que no exceda del cuádruplo.” D. 47, 2, fragmento 89 (88), misma versión castellana, pág. 624. De modo todavía más general, y no circunscripto a las acciones penales, el mismo jurisconsulto ha afirmado: “Si competen dos acciones por un mismo hecho, corresponde luego al juez el procurar que el demandante obtenga lo que importa de más la otra acción, y que, si es lo mismo o menos, consiga lo mismo.” D. 44, 7, fragmento 41, párrafo 1, misma versión castellana, pág. 480. En otras palabras, en la mayoría de los fragmentos queda de manifiesto que PAULO partía de

Lo que este fragmento nos dice es que si dos leyes distintas reconocían ambas acciones penales tendientes a la aplicación de penas pecuniarias para un mismo supuesto de hecho, y los montos de pena previstos para cada acción eran diferentes, la prohibición de concurrencia operaba únicamente si se iniciaba primero la acción que derivaba en la imposición de la pena mayor. Si por el contrario se iniciaba en primer lugar la acción que establecía la pena menor, el actor todavía podía intentar la otra acción pero sólo por la diferencia entre ambos montos de pena. Parece claro que en el Derecho Penal continental de la actualidad la problemática así planteada en el Digesto se resolvería en principio por la vía del concurso aparente de leyes. En relación con los delitos de robo y hurto mencionados en el fragmento transcrito, y teniendo en cuenta que en muchos sistemas el robo es considerado como una forma agravada de hurto, se trataría concretamente de un supuesto de concurso aparente por especialidad. En definitiva, el delito de hurto queda desplazado por el de robo y la acción penal tiende exclusivamente a lograr la sanción de éste último. De todos modos, si un tribunal condenara erróneamente por hurto al autor de un despojeramiento violento, la configuración actual del *ne bis in idem* impediría precisamente iniciar una nueva acción por robo, aunque sólo se buscara imponer la “diferencia” de pena. En el derecho penal romano, el robo podía dar lugar a acciones públicas y privadas, en tanto que el hurto daba lugar sólo a acciones privadas. Al primero se lo consideraba primariamente desde la perspectiva de las coacciones con su correspondiente *actio vi bonorum raptorum*, mientras que el hurto constituía la base de una familia autónoma de delitos contra la propiedad que se perseguían mediante la *actio furti*⁶⁰. Además, en la lógica del

una aceptación genérica de la concurrencia de acciones pero acaba por limitarla en sus alcances.

⁶⁰ Véase SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pág. 262. Es interesante destacar sin embargo que según MOMMSEN en el primitivo derecho romano las apropiaciones violentas de cosas ajenas se trataban y castigaban sencillamente como hurto, y que la



derecho penal privado, la víctima podía optar por ejercer tanto la acción privada propia del robo como la del hurto. De este modo, la regla atribuida a PAULO antes transcrita tendía a limitar la posibilidad de concurrencia de acciones penales aunque no a eliminarla totalmente. Lo más preciso sería decir que PAULO proponía una aceptación de concurrencia de acciones con limitaciones más que una prohibición de concurrencia con excepciones⁶¹.

Más allá de estos puntos de vista favorables a limitar en mayor o menor medida la concurrencia de acciones penales, el panorama del pensamiento romano sobre este punto se completa con la negación categórica de la prohibición de concurrencia. En este sentido, cabe citar como ejemplo las palabras que el Digesto pone en boca de ULPIANO:

“De las acciones, sobre todo penales, que concurren por la misma causa, nunca una de ellas consume la otra”.⁶²

La especificidad de este fragmento en punto a que las diversas acciones penales siempre pueden concurrir puede generar dudas acerca del auténtico pensamiento de ULPIANO en torno al problema de la concurrencia. Su posición en otro fragmento del Digesto parece ser contraria a la concurrencia de acciones en general, cuando estas obedecen a la misma causa. Considérese en efecto la siguiente frase que también se le atribuye:

“Cuando concurren varias acciones por la misma causa, se debe ejercitar sólo una de ellas.”⁶³

consideración desde perspectivas diferentes corresponde a una etapa posterior. Véase ob. cit. pág. 414.

⁶¹ Nótese en efecto que en el fragmento transcrito al comienzo de este acápite PAULO parte de una aceptación genérica de la concurrencia.

⁶² D. 50, 17, fragmento 130, Versión castellana de D'ORS, *et al.*, ya citada, pág. 877. En términos prácticamente idénticos puede verse D. 44, 7, fragmento 60, misma versión castellana pág. 483, también atribuida a ULPIANO. Además, la posición de este jurisconsulto favorable a la concurrencia de las diversas acciones penales públicas y privadas derivadas de robos con violencia puede verse en D. 47, 8, fragmento 2, versión castellana ya citada.

Para salvar esta contradicción se puede hipotizar que aún admitiendo la concurrencia de acciones penales, o la de una acción penal con otra no penal, ULPIANO rechazaba tal vez como regla general, la concurrencia de otro tipo de acciones originadas en igual causa⁶⁴. De ser ello así, este punto de vista sería justamente el opuesto a la postura de PAULO antes esbozada, quien partía de la aceptación de concurrencia de acciones como regla general para luego limitarla en sus alcances fijando como tope la pena más grave (en los casos de concurrencia de acciones penales) o la indemnización más generosa de las que estuvieran fijadas en las distintas acciones establecidas para un mismo hecho⁶⁵.

De modo muy similar a lo sostenido por ULPIANO, HERMOGENIANO llegó a afirmar lo siguiente:

“Si nacen varias acciones de un solo delito, como sucede cuando se dice que ha sido talados furtivamente unos árboles, se admitió, después de muchas discusiones, que se permite ejercitar todas ellas”⁶⁶.

⁶³ D. 50, 17, fragmento 43, parr. 1, misma versión castellana, pág. 873.

⁶⁴ Quizás el mejor ejemplo de acciones que, por su finalidad, no admitían la concurrencia sea el de aquellas que tendían específicamente a la recuperación de una cosa o de su valor (*rei persecuendae*). En estos casos la concurrencia podría implicar un enriquecimiento injustificado del accionante. De allí que en el derecho romano la víctima de un hurto, aunque pudiera sumar la acción penal a la no penal, no podía en cambio acumular la *rei vindicatio* y la *condictio furtiva*. O ejercía la acción reivindicatoria genérica o bien la que la regulación específica sobre hurto le otorgaba para recuperar el valor de la cosa, pero no ambas. Véase en tal sentido D. 47,2, fragmento 55 (54), parr. 3, Versión castellana de D'ORS, *et al.*, ya citada, pág. 617. Véase asimismo PETIT, *ob. cit.*, pág. 910. De todos modos para MAYNZ este no sería exactamente un supuesto de prohibición de concurrencia sino más bien un caso de extinción del derecho. Véase *ob. cit.* pág. 581 nota al pie n° 1.

⁶⁵ D. 44, 7, fragmento 41, versión castellana de D'ORS, *et al.*, ya citada, pág. 480.

⁶⁶ D. 44, 7, fragmento 32, versión castellana de D'ORS, *et al.*, ya citada, pág. 479.

Es interesante destacar que también en este fragmento del Digesto la posibilidad de concurrencia de acciones penales se presenta como regla general para todos los casos donde un mismo hecho de lugar a más de una acción. La cuestión de la tala furtiva de árboles que allí se menciona se propone simplemente como un ejemplo.

De modo un poco menos general, también se advierte un posicionamiento claramente favorable a la posibilidad de concurrencia de acciones penales en PAPIANO, quien refiriéndose al hecho de estupro de una esclava llegó a afirmar lo siguiente:

“La ley Julia tan sólo se aplica cuando se trata de personas libres que han sufrido adulterio o estupro. Si son esclavas, fácilmente procede la acción de la ley Aquilia y también la de injurias, y no deberá denegarse tampoco la acción pretoria de corrupción de esclavo. No habrá de excusarse al reo de tal crimen por el hecho de que sean varias las acciones posibles contra él.”⁶⁷

Lo que surge de este fragmento es una aceptación de la posibilidad de concurrencia de hasta tres acciones diversas ante el único hecho de mantener una relación sexual ilegítima con una esclava ajena, y un atisbo de fundamentación de esa concurrencia a partir de la gravedad del delito, por aquello de “no habrá de excusarse al reo de tal crimen”.

Como se habrá podido comprobar a partir de todo lo expuesto, el panorama del Derecho Romano en torno al problema de la concurrencia de acciones penales se presenta variado y complejo. A partir de la documentada diversidad de puntos de vista es posible sostener que la cuestión probablemente nunca haya sido del todo resuelta. A modo de confirmación de esta hipótesis consíderese el siguiente fragmento del Digesto:

⁶⁷ D. 48, 5, fragmento 6, párrafo introductorio, versión castellana de D'ORS, *et al.*, ya citada, pág. 682. También ULPIANO acepta la concurrencia de acciones diversas en el caso de estupro de una esclava en D. 47, 10, fragmento 25, misma versión castellana, pág. 653.

“El que había pegado injuriosamente a un esclavo ajeno, incurre por un solo hecho en la [ley] Aquilia [de daños] y en la acción de injurias, pues las injurias son por la intención ofensiva, y el daño por la culpa, de modo que competen ambas; pero dicen algunos que cada una de ellas se consume si se elige la otra; otros que la acción de injurias se consume por la de la ley Aquilia, porque deja de ser bueno y justo que sea condenado el que pagó ya la estimación, en tanto si se ha ejercitado antes la de injurias, queda obligado por la ley Aquilia. Pero también esta [acción] debe ser denegada por el pretor si no se ejercita exclusivamente por la diferencia de estimación que compete por la ley Aquilia. Así, pues, es más razonable admitir la opinión de que pueda ejercitar primero la acción que quiera, y pueda reclamar después la diferencia que resulte a favor de la otra”⁶⁸.

El trozo transcripto, vinculado con la posibilidad de concurrencia entre la acción de injurias y la de daños por el hecho de golpear a un esclavo ajeno, es parte de un fragmento bastante más largo atribuido a PAULO, en el que éste se dedica precisamente a discutir con bastante detalle toda la problemática de la concurrencia de acciones. Cabe resaltar que en este trozo aparece una vez más con mucha claridad la ya comentada posición de este jurisconsulto a favor de una concurrencia limitada de acciones penales. Pero lo que interesa destacar especialmente ahora es que en este último fragmento el propio PAULO nos habla de la existencia de opiniones totalmente divergentes entre los juristas de su época en torno a la cuestión. En otras palabras, la posibilidad concurrencia de acciones penales era percibida dentro del

⁶⁸ D. 44,7, fragmento 34, párrafo introductorio. Versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 479. La idea de que en este caso la acción de injurias y la de daño concurren aparece también atribuida por ULPIANO a LABEÓN en los siguientes términos: “Si alguien hubiera ejercitado la acción de injurias y luego ejercita la de daño causado injustamente, escribe Labeón que no hay identidad de objeto, pues esta última acción se refiere al daño causado por culpa, y la primera, a la afrenta [inferida].” Véase D. 47, 10, fragmento 15, párrafo 46, misma versión castellana págs. 649 a 650. Sin embargo aquí la cuestión aparece vinculada con que no se da la “identidad de objeto” como uno de los requisitos propios de la excepción de cosa juzgada.

propio pensamiento jurídico romano como una cuestión problemática y disputada⁶⁹. Otro aspecto destacable del trozo transcrito es que se presenta en él un atisbo de fundamentación general, en razones materiales de justicia, del punto de vista de quienes pretendían excluir o limitar la concurrencia de acciones penales. Esos fundamentos materiales parecen también ser tenidos en cuenta por romanistas como SAVIGNY, quien al hablar de la prohibición de concurrencia en el derecho romano afirma que el hecho de que se excluyese la segunda acción no estaba dado en aquel entonces por la mera benignidad de la ley positiva sino por la convicción de que existía una regla natural aplicable tanto para evitar que un perjuicio ya reparado vuelva a ser objeto de una reparación (que se transformaría entonces en una pena), como para evitar que un hecho ya auténticamente penado vuelva a ser objeto de una nueva sanción⁷⁰.

c) *Ne bis in idem* y cosa juzgada

Entre los antecedentes romanos del *ne bis in idem* no se puede dejar de tener en cuenta el desarrollo que la idea de cosa juzgada tuvo en la evolución de ese derecho. En primer lugar es bueno recordar que la cosa juzgada hace referencia a la autoridad de las resoluciones judi-

⁶⁹ El fragmento de HERMOGENIANO transcrito un poco más arriba también hace referencia a “muchas discusiones” en torno a la cuestión, aunque allí se pretende presentar la permisión amplia de concurrencia como la solución definitiva del problema. Véase D. 44, 7, fragmento 32, versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 479.

⁷⁰ DE SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo III, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley de la versión francesa de 1849, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1879, pág. 167. Sus palabras textuales son: “. . . la exclusión total o parcial de la segunda acción estaba fundada no en una ley positiva indulgente, sino en la regla natural de que un perjuicio ya reparado no es susceptible de reparación y, por tanto, que un segundo pago, en lugar de una indemnización, constituiría también un beneficio y, al mismo tiempo, una pena. Así, cuando varias acciones independientemente de la indemnización tienen por objeto también una pena verdadera, esta circunstancia, puramente accidental, no podría impedir la aplicación de la regla natural mencionada.”

ciales, lo que impide que las cuestiones ya resueltas sean nuevamente discutidas. Si se trata de sentencias u otro tipo de resoluciones que ponen fin a la cuestión que constituye el objeto del proceso, la cosa juzgada nos remite a su carácter definitivo. Esto trae como correlato el reconocimiento de un mecanismo procesal que opera como excepción obstaculizando el ejercicio de una nueva acción en la que lo reclamado verse sobre una cuestión ya decidida previamente por autoridad judicial. Aquí la cosa juzgada nos interesa especialmente en su relación con el *ne bis in idem*, es decir en cuanto impide la reiteración del proceso penal por un mismo hecho que fue objeto de un proceso anterior, o la nueva imposición de pena por un hecho antes sancionado. En consecuencia, conviene repasar brevemente en primer lugar los efectos que en el derecho romano tenían las decisiones finales tomadas en los casos penales.

En la evolución del derecho romano no existió una única forma de procedimiento penal, y las decisiones tomadas para la resolución de los casos penales parecen haber tenido una fuerza diferente según las clases de procedimiento. En el acápite sobre *litis contestatio* se mencionó una clasificación según la cual los procesos en el derecho romano eran el de las acciones de la ley, el procedimiento formulario, y el procedimiento extraordinario. Sin embargo, como ya se dijo, esa clasificación tiene mayor capacidad de rendimiento en la explicación de la evolución del proceso privado. Para abordar de manera más general el tema de la fuerza de la cosa juzgada en materia penal conviene tener en cuenta que los procesos penales del derecho romano también pueden considerarse en función de los sujetos encargados de tomar las decisiones y de llevar adelante la acusación. Desde esta perspectiva, los diferentes tipos de procedimientos tienen estrecha relación con el origen e institucionalización de las autoridades encargadas del poder penal, y esta cuestión se vincula a su vez con las particularidades de la organización política romana derivadas de las vicisitudes de su rica y compleja historia.

Desde el punto de vista de los sujetos que decidían se han llegado a identificar, entre otras, las siguientes variantes de proceso pe-

nal romano: 1) el procedimiento penal público en el que intervenían solo magistrados, ya sea en su variante primitiva cuya configuración es bastante conjetural (*cognitio* primitiva), como el procedimiento de la *quaestio* que predominó durante gran parte de la época republicana, y en el que el magistrado investigaba y decidía con amplia discreción; 2) el procedimiento penal ante el magistrado y los comicios, también propio de la época republicana, en el que, a diferencia del anterior, los comicios intervenían como instancia de revisión popular de la condena dictada por el magistrado reservada exclusivamente a los ciudadanos varones por vía de la “provocación”; 3) el procedimiento privado aplicable únicamente a los delitos privados, que coexistió con los otros procesos y cuyas características acusatorias y su evolución hacia la introducción de jurados acabaron por extenderse hacia el final de la república al proceso penal público; 4) el procedimiento ante el tribunal de jurados presidido por un magistrado, vigente entonces durante el final de la república y que surgió por el influjo del procedimiento privado; 5) el procedimiento penal municipal; 6) el procedimiento penal ante los gobernadores de las provincias, que asumieron definitivamente ese poder de castigar con el advenimiento del imperio; 7) el procedimiento penal ante los cónsules con el Senado, que puede caracterizarse como una versión de la época de Augusto del procedimiento ante el magistrado y los comicios, y; 8) el procedimiento penal ante el emperador y sus delegados, que era ampliamente discrecional (*cognitio extra ordinem*) ya que el poder de decisión de los casos penales emanaba en última instancia del emperador (que en definitiva era el titular de la potestad penal) y pasaba de él a sus delegados. Además este último procedimiento puede verse como la versión imperial del antiguo proceso de la *quaestio*⁷¹.

⁷¹ MOMMSEN, ob. cit., pág. 96. Ver además los desarrollos más acabados de cada tipo de procedimiento en los diferentes capítulos dedicados al tema de “las autoridades penales” entre págs. 101 y 200. En la doctrina argentina, es posible encontrar un buen resumen de la evolución del proceso penal romano en MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, 2da. Edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 272 a 288.

A efectos de simplificar el análisis en relación con la cosa juzgada, conviene centrarse sólo en ciertas clases de procedimiento penal antes enunciadas que tienen a este respecto algunas particularidades especialmente significativas. Así, se ha señalado que tanto en los procedimientos en los que solo intervenía un magistrado, como en los que intervenían el magistrado y los Comicios, y en los sustanciados por *cognitio*, la sentencia ponía fin a la causa⁷². En lo que hace a las absoluciones, los Comicios podían acordar la no aplicación de una sentencia penal, y sus decisiones en tal sentido, como expresión de la voluntad del pueblo reunido, no podían ser atacadas de ningún modo. En cambio, en la *cognitio* (tanto la primitiva como la extraordinaria durante el imperio), la absolución de la persona sometida a proceso se daba por su mera liberación, que no tenía más efecto que el de suspender el procedimiento⁷³. No había entonces en este tipo de procedimiento una forma jurídica de absolución que implicara el cierre definitivo de la causa y, más allá del uso que se hiciera de las soluciones de equidad, nada impedía la renovación de los procesos⁷⁴. En las sentencias condenatorias en cambio, la idea de irreformabilidad de los fallos estaba más extendida aunque era también bastante endeble en el procedimiento de magistrado único. Ella fue desde antiguo propia de los procedimientos privados, pero pasó posteriormente al procedimiento penal público. Este principio llegó a tener tal importancia que en tiempos del imperio llegó a admitírsele aún cuando se llegara a la conclusión de que la sentencia se había dictado sobre la base de motivos erróneos o con infracción de disposiciones legales (*res iudicata pro veritate habetur*)⁷⁵. De todos modos es igualmente cierto que la evolución de otras de las consecuencias posibles de este principio de irreformabilidad, como lo es la irrecurribilidad de las sentencias, tuvo su apogeo durante la república para luego declinar durante el imperio. Esta imposibilidad de recurrir, que parece haber sido tomada en un

⁷² MOMMSEN, ob. cit., pág. 285.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Idem*, pág. 286.

⁷⁵ *Ibid.*



sentido fuerte durante finales de la república, dio posteriormente paso a la introducción de un sistema de instancias como medio jurídico ordinario, y a ciertas intervenciones extraordinarias para dejar sin efecto aun las sentencia penales ejecutorias⁷⁶.

En resumen, la sentencia penal dada únicamente por el magistrado en el procedimiento penal público antiguo y en el vigente durante gran parte de la república era ejecutoria, pero no necesariamente irreformable. Lo resuelto respecto de las consecuencias del delito podía ser modificado por el mismo magistrado que había tomado la decisión o por su sucesor. La irreformabilidad de la cosa juzgada estaba más bien ceñida por un lado a las absoluciones establecidas por los Comicios y, posteriormente, a los fallos dados en un juicio por jurado. Por otra parte la intervención de los Comicios tampoco podía modificar la absolución dispuesta previamente por el magistrado. Luego de que en Roma se dejara de lado el sistema del jurado y se volviera a un proceso de decisión por un único magistrado, la irreformabilidad se mantuvo como principio general también para estos fallos unipersonales, que sólo podían ser modificados mediante al recurso a instancias superiores la última de las cuales dictaba entonces resoluciones verdaderamente irreformables. Si el procedimiento era acusatorio, como en el caso de las acciones penales privadas o en los procedimientos públicos surgidos bajo el influjo de éstas, la revisión judicial del fallo no estaba permitida, independientemente de que la sentencia fuese absolutoria o condenatoria. Además, si el acusador actuaba no en propio interés sino en el de la comunidad, excluía en principio ulteriores acusaciones⁷⁷.

Sobre la prohibición de repetir acusaciones particulares en el procedimiento acusatorio, en el Digesto se enuncia como regla general que “el gobernador no permitirá que la misma persona sea nuevamen-

⁷⁶ *Idem*, pág. 306. Esto tiene que ver con la idea de la potestad de juzgar en cabeza del emperador, y la percepción de los magistrados penales como delegados.

⁷⁷ *Idem*, pág. 304.

te acusada por un delito del que haya sido absuelta⁷⁸”. Pero el caso de que un nuevo acusador intentara en provecho propio una nueva acción penal por el mismo hecho operaba como excepción a esta regla. En efecto, en el mismo fragmento atribuido a ULPIANO se lee a continuación de la regla general:

“ . . . pero hay que ver si esto es para que no le pueda volver a acusar el mismo o si tampoco puede acusarle otra personal distinta; y yo me inclino a pensar que como lo juzgado entre unos litigantes no perjudica a otro tercero, si este que ahora aparece reclama por su aflicción personal y prueba que ignoraba que ya otro había presentado tal acusación, debe permitírsele que acuse, habiendo justo motivo para ello.⁷⁹”

El caso es entonces el del nuevo acusador de buena fe, que sin embargo para no ser rechazado por cosa juzgada corre con la carga de probar que desconocía la existencia de la acusación previa. Esta opinión de ULPIANO aparece también plasmada de modo más sintético en el libro de *Sentencias* de PAULO, que vale la pena transcribir por la gran influencia que tuvo posteriormente en el pensamiento jurídico medieval gracias a su conservación y difusión a través del *Breviario de Alarico*⁸⁰. Allí concretamente se afirma:

“Sobre los crímenes, de los cuales alguien ha sido absuelto, no puede renovarse la acusación por parte de aquel que acusó⁸¹.”

Se trata, como puede verse de una versión bastante limitada de la prohibición de nuevo enjuiciamiento criminal a partir de una sentencia absolutoria. Sin embargo hay que señalar que en el derecho ro-

⁷⁸ D. 48, 2, fragmento 7, parr. 2, Versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 672.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Sobre la conservación de la obra de PAULO en el famoso breviario véase HÄNEL, Gustav F., *Lex Romana Visigothorum*, Analecta, Pamplona, 2006 (reimpresión de la edición de Leipzig de 1849).

⁸¹ JULIO PAULO, *Sentencias a su hijo*, Libro I, Interpretatio, Tit. VI-B, 1, trad., notas e índice alfabético de IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, Segunda Edición, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1995, pág. 22.

mano la protección contra acusaciones infundadas se ampliaba de otra parte con la amenaza de responsabilidad penal, con la exigencia de garantías, y con la obligación de sostener la acusación hasta el momento de la sentencia entre otros mecanismos⁸².

Los orígenes de la consagración positiva de la fuerza de la cosa juzgada para sentencias condenatorias y absolutorias en el derecho romano debe buscarse en la ley *de repetundis*, donde se estableció claramente que la sentencia se daba de una vez y para siempre, adquiriendo de este modo un valor definitivo. Por ello, ninguna persona que hubiese sido condenada o absuelta de acuerdo a esa ley podía ser nuevamente llevada ante el mismo tribunal a causa del mismo hecho⁸³. El principio así esbozado en esta norma reconocía de todos modos excepciones tanto en ella como en otros casos de aplicación de consecuencias penales en los que la eficacia de la cosa juzgada no se hacía extensiva a los fallos nulos o contra derecho. Por ejemplo, en aquellos fallos en los que la resolución se hubiera tomado con dolo, o por vio-

⁸² Así, el propio ULPiano afirmaba que “(c) cuando se acusa a alguien de un crimen, debe preceder el escrito firmado de acusación, lo que se ha introducido para que nadie se lance ligeramente a hacer acusaciones, pues sabe que, [si es injusta,] no quedará impune su acusación. (1) Así, todos dan caución al acusar a alguien, y, además, la dan de que se mantendrán en la acusación hasta la sentencia.” Véase D. 48, 2, fragmento 7, párrafo inicial y párrafo 1, versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 672.

⁸³ LANDAU nos habla de los efectos de este principio en la *Lex Acilia Repetundarum* establecida unos 120 años antes de Cristo. Esta ley, referida a crímenes de funcionarios públicos, establecía unas pocas excepciones a la imposibilidad de un segundo proceso, como son la existencia de hechos nuevos conocidos con posterioridad a la sentencia, la colisión entre el acusador y el acusado, la estimación hecha por los jurados sobre el alcance de la indemnización dineraria, y la realización de un segundo proceso con base en las disposiciones específicamente penales de la ley (cuestión que desde nuestra perspectiva remite a la posibilidad de concurrencia entre una acción penal y otra no penal ya tratada en el acápite previo). Véase LANDAU, Peter “Ursprünge und Entwicklung des Verbotes doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechens in der Geschichte des kanonischen Rechts”, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 87 (1970), págs. 124 a 126. MOMMSEN nos aclara asimismo que esta consecuencia prevista en la ley *de repetundis* también se extendía a otras leyes especiales. Véase *ob. cit.*, pág. 286.

lencia, se hacía necesario renovar el procedimiento tanto en los juicios penales privados como en los sustanciados por las *quaestiones*⁸⁴.

En punto a la consagración expresa de la cosa juzgada en el derecho romano tardío, hay que decir que el principio se vio plasmado también en el intento de Justiniano de revisar y ordenar el derecho del imperio. En particular, en el Digesto se dedica todo el título 2 del Libro 44 a la excepción de cosa juzgada, y allí se enuncian criterios generales y se provee una abundante casuística sobre la operatividad de la excepción tanto en derecho público como privado. Un buen ejemplo de presentación general de la cuestión se lee el siguiente fragmento extraído del pensamiento de PAULO:

“Se ha admitido con suficiente razón que basta para cada controversia una sola acción y una sentencia final, a fin de que no se multiplique el número de litigios y resulte aumentada e insuperable la dificultad, sobre todo cuando las sentencias son contradictorias; por esto es frecuente que se oponga la excepción de cosa juzgada⁸⁵.”

Es interesante destacar en este párrafo el sentido de la *rei iudicata* como manifestación de un interés social⁸⁶, como lo es la de necesidad de poner fin a los litigios mediante una resolución de la autoridad que no pueda ser nuevamente discutida⁸⁷. Se destaca también en el

⁸⁴ MOMMSEN, ob. cit., págs. 304 a 305.

⁸⁵ D. 44, 2, fragmento 6, versión castellana de D'ORS, *et al.*, ya citada, pág.450.

⁸⁶ En igual sentido COUDER, ob. cit., pág. 693.

⁸⁷ En palabras todavía actuales, al analizar la cosa juzgada a partir de sus antecedentes romanos SAVIGNY planteó en su momento: “. . . nos encontramos en presencia de dos serios peligros de naturaleza enteramente opuesta. De un lado, estamos expuestos a mantener contra nuestra convicción una sentencia fundada sobre el error o sobre la prevaricación del juez. De otro lado, corremos el riesgo de abandonar el estado del derecho y de los bienes a una incertidumbre indefinida que puede prolongarse durante varias generaciones. Tenemos que escoger entre estos dos peligros (. . .) Una larga experiencia y las leyes de diferentes pueblos atestiguan que la incertidumbre del derecho ha sido considerada como el mal mayor, y para prevenirlo ha habido que recurrir a una institución del derecho positivo.” *Vid.* ob. cit., Tomo V, pág. 169. También en el Digesto se pone en boca de ULPIANO una expresión contundente de lo que implica que la cuestión ya esté decidida: “El juez deja de serlo tan

párrafo transcrito la vinculación estrecha entre la *rei iudicata* y la *rei in iudicium deductae*. En efecto se nos habla no solo de la necesidad de que la sentencia definitiva sea una que resuelva la cuestión para siempre (cosa juzgada en sentido estricto), sino también de que por una controversia determinada solo es posible ejercitar la acción una única vez (cuestión deducida en juicio). Se genera entonces la duda de si estos dos aspectos daban lugar a dos excepciones diferentes o si se trataba de una única excepción con dos manifestaciones distintas⁸⁸. Desde la perspectiva de SAVIGNY hubo una evolución en el derecho romano. La función vinculada con la idea de que la acción se consume sería la más primitiva, y habría estado asociada a los efectos de la *litis contestatio* a los que ya se hiciera referencia. Posteriormente, se habría incorporado el efecto de cosa juzgada de las sentencias, con lo cual se pasó a una única excepción con dos funciones distintas. Finalmente, la primera función relativa a la acción habría acabado por desaparecer en el derecho de la época de JUSTINIANO, perdurando únicamente en algunos fragmentos que nos remiten a la opinión de los jurisconsultos de épocas anteriores⁸⁹. Evolución o no, lo cierto es que la idea de que el proceso posterior se extingue por el hecho de haberse planteado la cuestión en un proceso anterior (aún cuando no se llegue a la sentencia) implica una interesante manifestación de la operatividad de la cosa juzgada material en el Derecho Romano que la coloca más cerca de la configuración actual del *ne bis in idem*, con su vertiente procesal orientada precisamente a evitar la reiteración de procesos criminales aún cuando no se haya llegado a dictar una sentencia definitiva⁹⁰.

pronto como ha dictado sentencia, y en la práctica seguimos el principio de que el juez que ya ha condenado en mayor o menor cantidad, no puede enmendar más su sentencia, pues, bien o mal, ya ha cumplido con su deber.” D. 44, 1, fragmento 55, versión castellana de D’ORS, *et al.*, ya citada, pág. 348.

⁸⁸ Es interesante ver que en las institutas de GAYO se habla de la *exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae* como si de una única excepción se tratase. Véase Trad. de Alfredo Di Pietro ya citada, Comentario III, 121, pág. 736. El mismo traductor, señala en su comentario puesto en nota lo siguiente: “Respecto de la *exceptio rei iudicata uel in iudicium deductae* tenía una sola denominación, pero con dos efectos distintos”. Ver ob. cit. pág. 737.

⁸⁹ *Vid.* ob. cit. Tomo V, págs. 176 a 183.

⁹⁰ La vertiente procedimental del *ne bis in idem*, será introducida en primer lugar en el capítulo II, punto D.1. y sus fundamentos en el capítulo III, punto B.2.

Todo lo hasta aquí expuesto sobre la cosa juzgada en el Derecho Romano nos lleva a considerar en particular cuáles eran las exigencias para que este principio tuviera operatividad como excepción. En otras palabras, de qué manera era posible establecer que el nuevo procedimiento implicaba una reiteración del anterior. Este ha sido y continúa siendo un elemento capital tanto para la determinación de la cosa juzgada como del *ne bis in idem*. Los jurisconsultos romanos pudieron superar en este ámbito el puro casuismo, pese a que eran afectos a proporcionar abundantes ejemplos concretos, y acuñaron la idea de que para poder hablar de cosa juzgada el proceso o la resolución posterior debían ser idénticos al primero en ciertas categorías generales de cuestiones. Este modo de captar el problema aparece plasmado en el Digesto del siguiente modo:

“Cuando se pregunta si se opone o no esta excepción, debe verse si se trata del mismo objeto, (. . .) la misma cantidad o el mismo derecho, (. . .) la misma causa de pedir y la misma condición de las personas, pues si no concurren todas estas identidades la cosa es distinta.⁹¹”

También es posible hallar la siguiente formulación, aún más sintética:

“Cuando se discute sobre la identidad de un litigio, deben tomarse en consideración: las personas, el objeto del litigio y la causa próxima de la acción (. . .)⁹²”

Queda pues en evidencia que ya en el derecho romano se identificaron tres criterios fundamentales que aún en la actualidad tienen cierta relevancia para la determinación de la operatividad de la cosa juzgada: La identidad en el objeto del juicio, la identidad en los sujetos de la relación procesal y la identidad de la causa que fundamenta el reclamo ante la jurisdicción. La identidad de objeto podía darse ya sea porque el reclamo recaía sobre la misma cosa material, el mismo crédito, o el mismo derecho. La identidad de sujetos tenía que ver con

⁹¹ D. 44, 2, fragmentos 12, 13 y 14. Versión castellana de D'ORS, A, *et al.*, ya citada, pág. 453.

⁹² D. 44, 2, fragmento 27. Versión castellana de D'ORS, *et al.*, ya citada, pág. 456.

que sólo se podía invocar la cosa juzgada respecto de aquellos que hubieran sido parte interesada en el primer litigio (ya sea personalmente o por medio representante) y sus sucesores universales, aspecto que, como quedara dicho, era de particular interés en los casos de acusaciones privadas sucesivas. Finalmente la identidad de causa tenía que ver en el derecho romano con el hecho generador de la obligación, es decir que debía tratarse de la misma pretensión jurídica⁹³. Es cierto que en la concepción actual de *ne bis in idem* la doctrina habla más bien de identidad de hechos, identidad de sujetos, e identidad de fundamentos. Esta última debe ser diferenciada de la identidad de causa como se verá oportunamente⁹⁴.

B) EL *NE BIS IN IDEM* EN EUROPA LUEGO DE LA CAÍDA DEL IMPERIO ROMANO

Para analizar cualquier tema relativo al derecho europeo posterior a la caída del imperio romano occidental, es necesario tomar en consideración la influencia canónica. Como es sabido, el Derecho Canónico, cuyo desarrollo comenzó hacia el final del imperio romano, comprende aquellas directivas que, estando basadas en la revelación, son impuestas por la autoridad de la iglesia para el logro de sus fines. Sus primeras fuentes históricas fueron los pronunciamientos eclesias-ticos, el “corpus” que se desarrolló gradualmente a partir de los cánones establecidos en los concilios (comenzando con los veinte cánones decretados en Nicea en el año 325)⁹⁵. En lo que hace específicamente al *ne bis in idem*, se ha sostenido que el derecho canónico se oponía a colocar a un hombre dos veces en riesgo de ser condenado. Máximas tales como “*Non judicabit Deus Bis in idipsum*” y “*Nemo bis idipsum*”, constituyeron al parecer los principios fundacionales sobre los cuales se basó la prohibición de *bis in idem* que en la Iglesia era pues

⁹³ Véase COUDER, ob. cit., págs. 694 a 695 y PETIT, ob. cit., págs. 865 a 867.

⁹⁴ Véase el capítulo II, punto B.3.a).

⁹⁵ BOUDINHON, Abad, “Canon Law” *The Catholic Encyclopedia, Volume IX*. Robert Appleton Company, 1909 (Edición on line en inglés por K. Knight 2003).

conocida y se la podía derivar de una referencia bíblica concreta: el comentario al libro del profeta Nahúm realizado en el año 391 por San Jerónimo, en el que éste interpretaba los alcances del versículo 9 del capítulo 1 diciendo que “Dios no juzga dos veces por el mismo delito.”⁹⁶

1) PRIMEROS ANTECEDENTES BAJO LA INFLUENCIA CANÓNICA

Más allá de su derivación bíblica, el desarrollo del *ne bis in idem* en el derecho medieval continental parece vincularse en primer lugar con la obra de los falsificadores. Entre ellas, se destacan por su interés jurídico las falsificaciones pseudo-isidorianas publicadas en Francia presumiblemente entre 847 y 852, atribuidas a un tal ISIDORO MERCATOR, pero aquí interesan más específicamente las capitulares falsificadas atribuidas a BENEDICTO LEVITA, que aparecieron casi contemporáneamente en el mismo lugar⁹⁷. En concreto, en las capitulares

⁹⁶ FRIEDLANDER, Martin L., *Double Jeopardy*, Clarendon Press, Oxford, 1969, pág. 5.

Según se señala en la *Biblia de Jerusalén*, Grafo, Bilbao, 1975, pág. 1052, “(e)l libro de Nahúm comienza con un salmo sobre la Cólera de Yaveh contra los malos y con sentencias proféticas que contraponen el castigo de Asur y la salvación de Judá.” Es en ese contexto donde se inserta el versículo nueve, cuya traducción al castellano en esta versión moderna dice: “¿Qué meditáis contra Yaveh? /El es el que hace exterminio,/no se alzaré dos veces la opresión”. Según nota del traductor de la misma Biblia, la pregunta inicial podría traducirse también: “¿Qué idea tenéis de Yaveh?”, o como exclamación “¿Cómo debéis contar con Yaveh!”.

En este párrafo dirigido a Judá, el profeta anuncia la próxima liberación de la dominación. Hay un llamamiento al pueblo elegido a confiar en Dios porque es Él mismo quien tiene el poder de castigar (quien “hace exterminio”), y luego hay un anuncio de que la opresión sufrida (que puede ser vista como un castigo de Dios por la infidelidad anterior de su pueblo) no volverá a repetirse.

En consonancia con esas referencias del versículo nueve en cuanto a que era Dios el que había castigado a su pueblo y en cuanto a que no se repetirá la opresión del enemigo, en la segunda mitad del versículo doce, también dirigido a Judá, se lee: “Si te he humillado,/no volveré a humillarte más.”

⁹⁷ La ubicación exacta del origen de las falsificaciones ha sido muy discutido. Las investigaciones más actuales consideran que la actividad de los falsificadores se extendió hasta el año 858 y que tuvo su centro en el monasterio de Corbie.

falsas se llega a considerar de modo casi absoluto la prohibición de un segundo procedimiento penal luego de una absolución, aunque con algunas vacilaciones. Los falsificadores parecen haber adaptado a sus propias ideas sus fuentes romanas (el texto de las sentencias de PAULO que antes se transcribiera aquí) reforzando además la argumentación con referencias extrapoladas de las cartas de GREGORIO MAGNO que, según se ha llegado a saber luego, no eran en realidad pertinentes para la cuestión⁹⁸.

Concretamente, las referencias a la imposibilidad de volver a iniciar casos penales aparecen en tres oportunidades en las capitulares falsificadas. En cada caso hay una rúbrica introductoria seguida de una disposición normativa. En la primera de esas tres referencias se lee:

“Sobre los casos criminales que han sido decididos y no pueden renovarse.

Sobre los crímenes, de los cuales alguien ha sido absuelto, no puede renovarse la acusación por parte de aquel que acusó”⁹⁹.

Véase ZECHIEL-ECKES, Klaus, “Auf Pseudoisidors Spur. Oder: Versuch einen dichten Schleier zu lüften”, *Monumenta Germaniae Historica, Studien und Texte* 31, 2002, pág. 1 y siguientes.

⁹⁸ Más sobre esta hipótesis, y sobre la importancia de las capitulares falsificadas en la configuración del *ne bis in idem* para el derecho medieval en LANDAU, Peter, “Ursprünge und Entwicklung des Verbotes doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechens in der Geschichte des kannonischen Rechts”, *ZRG.GA* 87 (1970), págs. 135 a 156. Puede encontrarse un resumen en castellano de los desarrollos de este autor en DE LEÓN VILLALBA, Francisco J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 52 a 53.

⁹⁹ Ben. Lev. 3, 163: CLXIII. El texto transcrito es una traducción de la versión en latín preparada por el Prof. Gerhard Schmitz de Munich, y que fue consultada por última vez el 1 de febrero de 2008 en el siguiente sitio de internet: http://www.benedictus.mgh.de/alte_edd/baluze/baluze_3.htm. En la búsqueda de las disposiciones pertinentes para este trabajo ha sido fundamental la colaboración del Prof. Clemens Radl, de la Universidad de Tuebingen. El texto original en latín reza:

“*De criminibus definitis minime refricandis.*

De his criminibus de quibus absolutus est accusatus refricari accusatio non potest.”



Es interesante destacar nuevamente la gran similitud entre esta primera referencia del falsificador y el fragmento del libro de sentencias de PAULO que se ha transcripto previamente. Esto permite determinar la influencia del pensamiento jurídico romano en la falsificación. Se evidencia aquí de todos modos una cierta contradicción entre la rúbrica y la norma. En la rúbrica parece acordarse a la prohibición un carácter más general, en la disposición se advierte en cambio una limitación importante a la prohibición de renovación del proceso penal, ya que la norma está referida únicamente a aquel que acusó previamente. Solamente con esto no podría impedirse una nueva acusación por parte de un tercero que no hubiese intervenido en la acusación anterior.

Este mismo esquema de una rúbrica que parece acordar a la prohibición de doble enjuiciamiento un alcance general, seguida de una disposición con alcances más acotados, se repite en otra sección de la falsificación del LEVITA:

“Acerca de que no está permitido iniciar un proceso criminal por delitos sobre los que ya se ha resuelto.

La acusación en contra de alguien sobre crímenes por los que ya fue absuelto no puede ser renovada por la persona que lo acusó previamente¹⁰⁰.”

Sin embargo, más allá de estas referencias limitadas y hasta cierto punto auto-contradictorias, hay una última disposición en las Capitulares Falsificadas que consagra sin ambigüedades el principio, con alcances mucho más importantes. En efecto, considérese el siguiente párrafo:

“Sobre casos resueltos que no pueden iniciarse nuevamente.

No debe promoverse juicio sobre causa que ya ha sido resuelta y juzgada¹⁰¹.”

¹⁰⁰ Este texto es una traducción aproximada de Ben. Lev. 3, 291: CCXCI, de la misma versión en internet citada en la nota precedente. El texto original reza:

“*Ut de criminibus definitis non liceat postmodum movere certamen.*

De his criminibus de quibus quis absolutus est, ab eo qui accusavit refricari accusatio non potest.”

Aquí sí la prohibición de nuevo enjuiciamiento parece absoluta, más allá de lo establecido en las otras disposiciones del mismo falsificador, y en las escasas fuentes romanas que estaban disponibles en aquel entonces. Cabe preguntarse pues por las razones de esta mayor extensión de la limitación la potestad penal. En este sentido no puede ignorarse la importancia de las decretales pseudo-isidorianas y las falsas capitulares del LEVITA en el derecho medieval del siglo IX y siguientes, sobre todo en su contribución jurídica para la reafirmación de la independencia de los obispos frente al poder temporal y, colateralmente, su tendencia a fortalecer la autoridad papal. Sin embargo, es importante destacar que las ideas volcadas en ellas son, en su literalidad y en su sentido, la transcripción de otros documentos previos (sobre todo tomados de la colección conocida como la *Hispana* o la *Isidoriana*) y la expresión de las dificultades de aquella época. Su carácter falso deriva exclusivamente de ciertas interpolaciones y referencias a documentos papales antiguos, inexistentes o perdidos, mediante las cuales los falsificadores pretendían conectar sus puntos de vista con la tradición de los primeros siglos de la Iglesia.

Ambas colecciones surgieron en el contexto histórico de la decadencia carolingia, y la preocupación central de sus autores era la de limitar las interferencias de los arzobispos metropolitanos, de los reyes y de los señores en las jurisdicciones de los obispos provinciales. En las falsificaciones se plasmaron en definitiva las soluciones jurídicas a algunos de los problemas puntuales de los obispos francos. Tales problemas eran muy similares a los de otros obispos sufragáneos en la naciente Europa, quienes veían con preocupación la decadencia del poder temporal imperial¹⁰². Precisamente para limitar las interferencias externas en asuntos eclesiásticos se erigían barreras a la persecución

¹⁰¹ Véase Ben. Lev. 3, 450: CCCCL, de la misma versión. El texto original en latín es el siguiente:

“De causis definitis minime removendis.

Flagitari iudicium non debet de causa quae diffinita vel iudicat est.”

¹⁰² Sobre el contexto cultural y político del surgimiento de las falsificaciones véase SALTET, Louis, “False Decretals (The Decretals of the Pseudo-Isidore)” *The Catholic Encyclopedia, Volume V*. Robert Appleton Company, 1909 (versión en línea preparada por K. Knight en 2003).

penal tales como la consagración ampliada del *ne bis in idem*. De este modo se tendía a evitar que los clérigos enjuiciados ante tribunales eclesiásticos provinciales fueran sometidos a nuevos procesos por los mismos hechos ante tribunales laicos o ante los arzobispos. Interesa especialmente poner de resalto que las disputas entre la autoridad temporal y la religiosa en torno al castigo de los clérigos debe ser reconocida como un antecedente de la problemática actual de la concurrencia de potestades sancionadoras.

2) PRIMEROS ANTECEDENTES EN EL DERECHO INGLÉS

La situación que parece haber dado origen a la consagración de la prohibición de doble enjuiciamiento criminal en el derecho inglés tiene algunos puntos en común con el contexto en que aparecieron las falsificaciones algunos siglos antes. Por lo pronto, la referencia bíblica al libro del profeta Nahúm antes mencionada, tuvo en los albores de la discusión inglesa sobre esta cuestión una importancia decisiva, debido a la famosa controversia destada entre el rey Enrique II y el arzobispo de Canterbury, santo Tomás Becket. El conflicto entre ambos tiene interesantes particularidades que lo asemejan a los problemas que los obispos franceses tuvieron con los poderes temporales del siglo IX. Tomás Becket había sido previamente amigo y ministro del rey. Cuando este lo nominó para ser arzobispo, Becket le hizo saber que su relación previa no habría de condicionarlo en el ejercicio de su ministerio. La tendencia a la consolidación del poder real hizo que no tardaran en estallar las controversias.

El enfrentamiento más problemático ocurrió a partir del dictado de las constituciones de Clarendon en 1164. En ellas se intentaban definir las costumbres que gobernaban las relaciones entre Iglesia y Estado, ya que en las condiciones algo anárquicas del reinado previo a Enrique II la Iglesia había extendido su jurisdicción de diversas maneras. Por ese motivo el rey intentó contener el avance del poder eclesiástico asegurando el asentimiento de los obispos ingleses a las constituciones de Clarendon, que según él implicaban un retorno a las prácticas vigentes durante el reinado de su abuelo Enrique I.

La mayor parte de los dieciseis artículos redactados en Clarendon trataban sobre la autoridad de la Iglesia y la competencia de los



tribunales eclesiásticos, mientras que otros definían los alcances de la autoridad papal en Inglaterra. La controversia se centró más que nada en dos cláusulas: aquella que regulaba el castigo por los tribunales de la corona de los clérigos previamente sancionados ante los tribunales eclesiásticos por haber cometido delitos, y aquella que prohibía las apelaciones a Roma sin autorización del rey. En un primer momento los prelados ingleses aprobaron las constituciones luego de intensos debates, pero después de que el papa las condenara Becket se retractó de su asentimiento. Para este último la cuestión del *bis in idem*, incluida la cita a San Jerónimo antes mencionada, era el argumento principal contra la cláusula III sobre enjuiciamiento de clérigos. Dicha cláusula establecía concretamente lo siguiente:

“Los clérigos que por cualquier motivo resultaren inculpados y acusados, citados que fueran por la justicia del rey, deberán comparecer ante su corte a responder allí de todo aquello que según el parecer de la corte del rey deba responderse ante ella; y ante la corte de la Iglesia de aquello que al parecer deba responderse ante ella; de modo que la justicia del rey remitirá la cuestión a la corte de la santa Iglesia con el propósito de ver cómo se trata allí el asunto. Y si el clérigo fuese condenado o confesase, la Iglesia no deberá protegerlo ulteriormente.”¹⁰³

¹⁰³ Esta versión castellana se ha realizado sobre la base de algunas traducciones al inglés moderno del texto original de las Constituciones de Clarendon. Esas traducciones se transcriben a continuación:

“*Clerks charged and accused of any matter, summoned by the king's justice, shall come into his court to answer there to whatever it shall seem to the king's court should be answered there; and in the church court to what it seems should be answered there; however the king's justice shall send into the court of holy Church for the purpose of seeing how the matter shall be treated there. And if the clerk be convicted or confess, the church ought not to protect him further.*” Texto en inglés moderno publicado en BEEBE WHITE, Albert y NOTESTEIN, Wallace, (eds.), *Source Problems in English History*, Harper and Brothers, Nueva York, 1915.

La otra versión en inglés moderno tomada en cuenta reza: “*Clerks charged and accused of anything, being summoned by the Justice of the king, shall come into his court, about to respond there for what it seems to the king's court that he should respond there; and in the ecclesiastical court for what it seems he should respond there; so that the Justice of the king shall send to the court of the holy church to see in what manner the affair will there be carried on. And if the clerk shall be convict-*

Como puede verse, el texto consagraba la concurrencia de las potestades sancionatorias del rey y de la Iglesia. Si bien la jurisdicción eclesiástica parece haber tenido precedencia temporal en el tratamiento de los asuntos criminales iniciados contra clérigos, está claro que en caso de condena resultaba perfectamente posible la sanción ulterior por la jurisdicción real, y de hecho se esperaba que la iglesia no dispensara al culpable ninguna protección. No es claro sin embargo en el texto legal comentado si estaba o no excluida la protección eclesiástica posterior en caso de que el acusado resultase absuelto en esa sede. La parte final de la cláusula permitiría interpretar que la obligación de la Iglesia de abstenerse de proteger se restringía únicamente a los clérigos culpables. Si esta interpretación fuese correcta, se podría afirmar que los poderes del rey hallaban una importante limitación según lo que se decidiera en sede eclesiástica. Sin embargo, la referencia inicial de la cláusula comentada es tan contundente en punto a que las personas acusadas respondían separadamente ante cada sede, que es razonable poner en duda la viabilidad de esta interpretación.

Más allá de las posibilidades interpretativas de los textos en cuestión, el enfrentamiento entre el rey y el arzobispo concluyó con el asesinato del religioso en 1170, que fue considerado entonces como un martirio. En tales circunstancias el rey se sintió compelido a reformar las constituciones revocando explícitamente las dos cláusulas problemáticas. Sin embargo la normativa se mantuvo vigente en lo sustancial.

Hacia el siglo XIII, la prohibición de double jeopardy comenzó a surgir en el common law inglés, aunque por entonces era una exigencia relativa, dejada sin efecto en varias oportunidades¹⁰⁴. Como quedara dicho, el concepto fue introducido en este ámbito a través de

ed, or shall confess, the church ought not to protect him further.” Esta aparece en HENDERSON, Ernest F., *Select Historical Documents of the Middle Ages*, Londres, George Bell and Sons, 1896.

¹⁰⁴ Para una un análisis completo de los antecedentes de la prohibición en el derecho inglés, y lo difícil que resulta llegar a conclusiones definitivas respecto de ella véase SIGLER, Jay A., “A history of double jeopardy”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, n° 4, octubre de 1963, pág. 283 a 309, a quien se sigue fundamentalmente en este desarrollo. En lengua castellana véase en este sentido DE LEÓN VILLALBA, ob. cit., pág 54.

la influencia del derecho canónico. Pero tampoco se puede descartar la influencia de romanistas que se establecieron en Inglaterra. Estos encontraron un campo fértil en los juristas ingleses que esperaban enriquecer el patrimonio del *common law* con las aportaciones del Derecho Romano¹⁰⁵.

Sea como fuere, lo cierto es que, desde sus inicios, la prohibición de acusaciones múltiples se veía en Inglaterra más como una exigencia técnica del procedimiento penal, que como una norma fundamental. Concretamente, la prohibición se incorporó a través de las defensas del *common law* conocidas como *autrefois acquit* y *autrefois convict*¹⁰⁶. Estas defensas permitían al acusado evitar la segunda persecución si lograba probar una condena o absolución previas en relación con los mismos cargos. Pero no obstante la existencia de tales salvaguardas procesales, ninguna ley o tratado las recogió expresamente¹⁰⁷. Ellas fueron claramente descritas (y hasta cierto punto ampliadas) recién en la segunda mitad del siglo XVII en la obra doctrinaria de COKE y cien años más tarde en la de BLACKSTONE. Este último afirmó que esas dos defensas constituían “máximas universales del *common law* inglés”, cuyo fundamento principal era que “ningún hombre debe ser puesto en riesgo de vida más de una vez por el mismo delito”. Estas expresiones de BLACKSTONE sobre la cuestión fueron quizás las que más influyeron para el desarrollo posterior de la prohibición en todos los países del ámbito anglosajón¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Véase LÓPEZ, Erik Dax, “Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to Circumvent Non Bis In Idem”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, November, 2000, punto II, A.

¹⁰⁶ Véase entre otros MOOSSA, Lauri A., “England’s attempt to relax the rule against double jeopardy: balancing justice and scientific advancement with a cornerstone of common law” en *Suffolk Transnational Law Review*, Summer, 2002, págs. 587 a 616.

¹⁰⁷ Se ha dicho inclusive que ninguna ley escrita de Inglaterra recogió expresamente la prohibición de *bis in idem* antes de su consagración en la Constitución de los Estados Unidos. Así SIGLER, ob. cit., pág. 285.

¹⁰⁸ SIGLER, ob. cit., pág. 295



3) LOS PRIMEROS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ESPAÑOLES

Si la evolución del *ne bis in idem* en Inglaterra resulta difícil de trazar en virtud de su casi nula recepción en disposiciones escritas, en el derecho español en cambio la recopilación en la legislación foral de las diferentes prácticas derivadas de la influencia canónica y romana permite hallar valiosos antecedentes de la prohibición. Tales antecedentes están más bien relacionados con la idea de cosa juzgada, es decir con la necesidad de que los asuntos civiles o criminales sólo sean juzgados una vez¹⁰⁹. En definitiva, la prohibición fue plasmada positivamente en España mucho antes que en Inglaterra, aunque al mismo tiempo es cierto que faltan documentación y estudios históricos más concretos sobre su efectiva aplicación y vigencia en la península ibérica durante la Edad Media.

Un primer antecedente destacable son las disposiciones del Fuero Juzgo, en cuyo Libro II, Título I, Ley XIV se lee:

“El rey Don Flavio Rescindo.

Quales pleytos deven iudgaré á queales personas los deven dar á iudgar.

Porque algunos juezes pueden iudgar de los pleytos, et de las mal fetrias, non deven iudgar de cabo los pleytos, que ya son iudgados; mas dévenlos fazer complir. E si non fueren en la tierra, deven otros meter en su logar, que connoscan daquel pleyto, éque lo determinen, según el derecho”¹¹⁰.

Como puede apreciarse, la exigencia es que los pleitos ya juzgados no deben ser sometidos a juicio nuevamente, sino que las decisiones tomadas en esos juicios anteriores deben hacerse cumplir. La disposición es breve, pero en ella se advierte el carácter marcadamente procesal que se le atribuye la prohibición. Es interesante también aquí

¹⁰⁹ Véase DE LEÓN VILLALBA, ob. cit., págs. 55 a 58, a que se sigue especialmente en este desarrollo.

¹¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Ibarra, Madrid, 1815. Versión digitalizada de la biblioteca virtual Cervantes, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/80272752878794052754491/index.htm>

la expresa referencia a su operatividad en los casos penales, donde se juzgan “mal fetrias”.

Sin perjuicio de otros antecedentes en los que también aparece de manera general la prohibición de juzgar o de someter a juicio dos veces un mismo asunto¹¹¹, otra manifestación específicamente penal de la cuestión aparece en las siete Partidas de Alfonso el Sabio. Allí, en la Séptima partida, Ley XII, se lee:

“Como aquel que es quito una vez por juyzio acabado, del yerro que fizo, non lo pueden acusar después,

Quito seyendo algund ome por sentecia valedera de algund yerro sobre q le ouiessen acusado, dende adelante non lo podria acusar otro ninguno sobre aquel yerro: fueras ende si provassen contra el q se fiziera el mesmo acusar engañosamente, asacando algunas pruebas q non supiessen el fecho poque lo diessen por quito del yerro, o del mal q mismo le fizo acusar. Eso mismo seria si provasse q otro alguno le ouiesse acusado engañosamente co intencio de lo librar del yerro q ouiesse fecho. Ca entoce si fuesse provado bie lo pordira acusar otra vegada de aquel yerro q assi fuesse quito. Otrosi dezimos que si algund ome q non fuesse su pariente, e respodiere el acusado a la acusación, e fuesse quito della por juyzio, dende en adelate non podria acusar ninguno delos parientes del muerto , por razon de aquel yerro, de que fue ya quito por sentecia: fueras ende si el pariente que quisiesse acusar otra vegada, jurasse que lo non supiera quado lo acusara el otro estraño. La entonce jurando lo assi tenuto seria de responder otra vez a la acusación que fiziesse del¹¹².”

Se trata, como es posible apreciar, de una referencia específica a la prohibición de acusar dos veces a la misma persona en relación

¹¹¹ Así en el Fuero Real de España, Libro II, Título XIV, o dentro de la legislación territorial el Fuero de Cuenca, Capítulo XXIV.

¹¹² *Las siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio*. Texto corregido y publicado por el Dr. Berni en 1758 por orden del Consejo Real. Partida Séptima, Imprenta de Benito Monfort, 1767, págs. 12 y 13. (Versión digitalizada de la biblioteca virtual Saavedra Fajardo, disponible en: <http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/LIBROS/Libro0140.pdf>

con el mismo delito por el que ya fuera absuelto mediante una sentencia válida, con la explícita declaración de que ninguna otra persona podría volver a acusarlo. Al mismo tiempo se regulan un conjunto de excepciones a esa prohibición que tienen que ver con un primer proceso viciado, ya sea porque el mismo imputado se hizo acusar con engaños para lograr su propia absolución, o porque un tercero lo acusa también engañosamente con el mismo fin. Se plantea además una excepción particular en el caso de homicidio. Si una persona es acusada por alguien que no es familiar del muerto, en principio también opera la prohibición si resultase absuelto, salvo que algún pariente jurase que no tenía conocimiento de tal acusación previa, en cuyo caso cabría válidamente un segundo juicio.

Dentro de las mismas partidas aparece a continuación otras regulación que consagran la prohibición general de juzgar dos veces un mismo asunto. Allí también se establecen excepciones que se vinculan en parte con casos de resoluciones fraudulentamente obtenidas, y con la necesidad de establecer la verdad frente a un primer proceso probablemente errado en su decisión¹¹³.

- 4) EN GENERAL, LA INCIDENCIA DE LA PROHIBICIÓN DE *BIS IN IDEM* DURANTE LA VIGENCIA DEL MODELO INQUISITIVO EN EUROPA CONTINENTAL

La referencia a las Partidas, y su modo de tratar el *ne bis in idem* consagrando excepciones vinculadas con la búsqueda de la verdad marcan por cierto la vigencia de un cierto modelo de proceso penal. Se trata en definitiva de un amplio período histórico dominado por el procedimiento inquisitivo legado del Derecho Romano de la época imperial y del Derecho Canónico. La obra de los canonistas, glosadores y posglosadores de lo que luego sería Italia constituye el

¹¹³ Siete Partidas, Ley XIII, que presenta grandes similitudes con las disposiciones análogas del Fuero Real, aunque con una regulación más extensa y detallada.

centro de la posterior difusión por el continente europeo de este derecho y, en consecuencia, de ese modelo de proceso¹¹⁴.

De este modo fue recogido en Francia con la Ordenanza de 1254 de Luis IX, aunque alcanzó su codificación definitiva mediante las ordenanzas de 1498 de Luis XII y la de 1539 de Francisco I (no obstante su posterior consolidación mediante la Ordenanza criminal de 1670 de Luis XIV)¹¹⁵.

En Alemania, la recepción del derecho romano-canónico se dio primeramente por la *Wormser Reformation* de 1498, seguida por la *Bamberger Halsgerichtsordnung* de 1507. Ella sirvió de base para el surgimiento en 1532 de la Carolina, que no obstante mantener elementos de derecho germánico, consolidó la persecución penal pública y la búsqueda de la verdad como fin del proceso. Esta tendencia se mantuvo no obstante la posterior disgregación de los estados alemanes y la consecuente dispersión de su legislación¹¹⁶.

En cuanto a España, la obra donde más claramente se advierte la recepción fueron las mencionadas siete partidas del Alfonso X el sabio, de mediados de siglo XIII, que mantuvieron una extendida vigencia aún como telón de fondo o derecho común tanto en España como en Hispanoamérica, no obstante el dictado de otras normas por autoridades reales y locales¹¹⁷.

En lo que aquí interesa, hay que destacar que es innegable que el modelo inquisitivo, con su énfasis en la búsqueda de la verdad material y con la posibilidad que otorgaba de cerrar solo parcialmente un proceso penal mediante la absolución de instancia, permitió relativizar el alcance de la prohibición de *bis in idem* y de la cosa juzgada en ma-

¹¹⁴ Véase en este sentido JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, tercera edición, Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 296 y 297. También MAIER, Julio B. J., ob. cit., págs. 323 a 328.

¹¹⁵ Véase MAIER, Julio B. J., ob. cit., págs. 309 a 323.

¹¹⁶ HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1963, págs. 21 y siguientes.

¹¹⁷ JIMENEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 720.



teria penal¹¹⁸. Pero al mismo tiempo no es menos cierto que la preservación de los antecedentes romanos del *ne bis in idem* y de su posterior ampliación en el derecho canónico son, como quedara de manifiesto en los acápites precedentes, parte de esa misma evolución histórica que posibilitó la difusión de la prohibición por toda Europa.

C) BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LA GARANTÍA (REMISIÓN)

1) DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO A LOS INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS

El siguiente jalón importante en la evolución histórica del *ne bis in idem* lo constituye sin dudas la consideración de la prohibición desde la perspectiva del pensamiento ilustrado. Dado que el carácter de exigencia de justicia que la prohibición tenía desde sus raíces romanas, y el de límite al poder real que se pusiera de manifiesto en las primeras expresiones canónicas, habían quedado algo desdibujados en la praxis del procedimiento inquisitivo (sobre todo con el advenimiento del absolutismo), fue un mérito no menor de la vasta reforma penal emprendida bajo el influjo de la ilustración el de recuperar su sentido limitador como forma de garantizar el adecuado respeto a la persona y de evitar el abuso del poder penal del Estado. La primera expresión positiva del *ne bis in idem* en Europa bajo el influjo de esas ideas fue el art. 9 de la Constitución francesa de 1791, donde se formuló la prohibición volcando por primera vez en un texto legal el latinazgo simplificado “*non bis in idem*”, que comenzó a ser utilizado en las leyes procesales de aquel país¹¹⁹.

¹¹⁸ En este sentido véase, entre otros, DE LEÓN VILLALBA, ob. cit., págs. 58 a 60.

¹¹⁹ Así el *Code des délits et des peines* (arts. 67, 255 y 426) y el *Code d’Instruction Criminelle* de 1808 (arts. 246, 360 y 359).

Pero sin dudas el reconocimiento más importante de esta nueva etapa fue la incorporación del *double jeopardy* en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que significó su consagración definitiva por el constitucionalismo moderno¹²⁰. La primera propuesta de incorporación de la prohibición a dicha Constitución data de 1789, pero hay antecedentes previos en algunas constituciones estatales de aquel país¹²¹. De allí en más, diversas variantes de la prohibición fueron recogidas en los textos constitucionales y códigos de procedimientos penales de todo occidente a lo largo de los siglos XIX y XX. La Constitución Argentina constituye una excepción en este sentido, pues no contiene previsión expresa sobre la prohibición, aunque ello no ha impedido que se le reconociera jerarquía constitucional por vía jurisprudencial, además de haber sido recogida en constituciones provinciales y códigos procesales¹²².

Ciertamente el reconocimiento constitucional del *ne bis in idem* no significó una inmediata desaparición de las leyes procesales de los países de tradición jurídica continental de institutos como la absolución de instancia, o aún de excepciones a la prohibición vinculadas con la búsqueda de la verdad tales como la permisión de un nuevo juicio ante la aparición de nuevas pruebas sobre la culpabilidad del

¹²⁰ Véase en este sentido SIGLER, ob. cit., págs. 304 a 307, donde expone los interesantes avatares de lo que finalmente fue la inclusión de la prohibición en la quinta enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos. Llama particularmente la atención que la primera redacción propuesta para la enmienda es similar al modo en que la garantía fue reconocida posteriormente en la mayoría de los ordenamientos, muy superior técnicamente y más clara que la estrecha referencia actual a ser puesto dos veces en riesgo de vida o integridad física. En efecto, esa primera propuesta decía: “Ninguna persona estará sujeta, salvo en caso de juicio político, a más de un castigo o juicio por el mismo delito”.

¹²¹ La primera declaración de derechos que expresamente adoptó una disposición sobre *ne bis in idem* fue la Constitución de New Hampshire de 1784, que disponía en su Art. I, Sec. XCI: “Ningún súbdito estará sujeto a ser juzgado, luego de una absolución, por el mismo crimen o delito.”

¹²² Véase MAIER, ob. cit., págs. 596 a 598.

acusado luego de que fuera absuelto, que en algunos Estados siguen aún hoy vigentes¹²³.

Finalmente cabe destacar que el último paso en la evolución histórica del *ne bis in idem* ha sido su consagración expresa en varios tratados internacionales de Derechos Humanos y en otros instrumentos del Derecho Internacional que serán objeto de tratamiento específico a lo largo de este trabajo. Como quedara dicho en la introducción, los principales desafíos y problemas que la prohibición ha planteado luego de su reconocimiento como norma constitucional serán abordados como enfoque general en los capítulos II y III. Luego, en los capítulos IV a VIII, se tratará extensamente el estado de la cuestión en los instrumentos internacionales. Es por eso que corresponde remitirse ahora a los capítulos mencionados.

2) RESUMEN

En síntesis, el desarrollo histórico del *ne bis in idem* constituye un complejo itinerario que se inicia en el antiguo derecho griego, para desarrollarse luego en el derecho romano y el modo en que en él se regulaba el ejercicio de las acciones, y continuar en el derecho canónico con su arraigo en esa misma fuente y sus propias referencias bíblicas. En el derecho canónico y en el de las incipientes naciones europeas en la Edad Media el telón de fondo es el de las disputas entre señores, obispos y reyes entre las que se incluía el problema de las múltiples jurisdicciones. El recorrido sigue con el fortalecimiento del absolutismo, época en la que llegó a imponerse en Europa una versión secularizada del modelo inquisitivo de proceso penal cuyos fundamen-

¹²³ Un caso llamativo es el del Reino Unido, donde semejante excepción fue consagrada recientemente en una reforma procesal ocurrida en la *Criminal Justice Act* de 2003, arts. 75 a 84. Véase en este sentido la consolidación de esa propuesta de reforma en THE LAW COMMISSION (LAW COM No 267), *Double jeopardy and Prosecution Appeals. Report on two references under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965. Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Lord High Chancellor by Command of Her Majesty*, Marzo de 2001, en especial págs. 35 a 62.

tos quedaron entonces desdibujados por una praxis que tendía a la consolidación del poder real a partir de la necesidad de paz y de orden. Finalmente la prohibición de múltiples sanciones penales resurge luego con una intensidad no exenta de matices en las constituciones, declaraciones y convenios internacionales de la edad contemporánea.

El recorrido histórico permite pues ver en perspectiva las discusiones que en la actualidad se mantienen sobre el alcance de la prohibición de *bis in idem*, y posibilita, sobre todo, verificar cómo la configuración actual de esta forma de proteger a las personas sometidas al poder penal no es en absoluto el producto de un período histórico determinado sino más bien el resultado de una lenta evolución llena de marchas y contramarchas donde confluyen los aportes del pensamiento clásico y medieval como sustrato primario con el lenguaje y la sistemática general del pensamiento ilustrado¹²⁴. Aún así, el panorama actual no es uniforme y por ello no es posible hablar de una única configuración sino de varias formas más o menos semejantes del *ne bis in idem* en las diversas normas nacionales como supranacionales. En definitiva, a partir de una conformación más elemental proveniente de su puesta en práctica en el derecho romano que sigue condicionando hasta cierto punto su comprensión, la prohibición fue adquiriendo perfiles específicos derivados de su evolución en contextos históricos y culturales diversos.

¹²⁴ Es indudable el aporte de la ilustración en materia de límites al poder del Estado, en particular de los límites al poder penal, que se concreta más que nada en el plano de su recopilación sistemática y en el de la acción política para su efectivo reconocimiento y aplicación.

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS Y MANIFESTACIONES DE LA PROHIBICIÓN

A) DISCUSIÓN PREVIA: *¿NE BIS IN IDEM O NON BIS IN IDEM?* EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

1) LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Es evidente que la frase latina por la que hoy se reconoce la prohibición de doble punición y doble enjuiciamiento no es más que una versión abreviada de los fragmentos que sobre ella han sobrevivido desde el Derecho Romano hasta nuestros días. Sin embargo se suelen utilizar indistintamente dos variantes, tanto en los textos legales, como en la doctrina y en la jurisprudencia de los diversos países y órganos internacionales. La primera variante utiliza la negación “*non*”, mientras que la segunda utiliza “*ne*”.

Lo primero que corresponde señalar sobre esa diferencia es que ella no tiene ninguna relevancia a la hora de interpretar el sentido y alcance de la prohibición, cuyos problemas principales pasan por desentrañar el contenido concreto del “*bis*” y del “*idem*”. Con lo cual la opción por una o por otra alternativa solo puede resolverse o bien en el plano de una correcta utilización del latín, o bien por razones de uso histórico. Y si desde estas dos perspectivas no se pudiera llegar a un resultado concluyente habría que estar a la mera preferencia de quien escribe.



A favor de la utilización de la forma “*non*” se ha dicho por ejemplo que si se quiere expresar la frase en un estilo directo esta es la fórmula más conveniente. Puesto que el “*ne*” da inicio a una oración final negativa pero subordinada a otra, se suele traducir “para que no” o “que no”. Por lo tanto, en la medida que se quiera extraer esa oración subordinada de su contexto y transformarla en oración principal, o en un principio autónomo, se debe recurrir a la simple negación, es decir al “*non*”¹²⁵.

A favor del “*ne*” se ha sostenido que es la forma correcta pues es la que se utiliza en el lenguaje prescriptivo como los textos imperativos o jurídicos¹²⁶. Completando esta idea se han dado también los siguientes argumentos: 1) El “*ne*” se asemeja más a la forma original de la prohibición. Así, en los primeros antecedentes, como el texto de QUINTILIANO (trabajado aquí al comienzo del análisis de los antecedentes romanos) utilizaba la forma “*ne*”, la cual desempeñaba una función completiva que reclamaba implícitamente la presencia de un verbo de prohibición. De este modo, la abreviación de esa fórmula habría llevado razonablemente al actual *ne bis in idem*. 2) Que el uso de la negación “*non*” sería una expresión empobrecida. Ella provendría más bien del reemplazo del “*ne*” por el “*ut non*” en el latín decadente, que a su vez se redujo luego al simple “*non*”. Posteriormente con la evolución de la prohibición, se habría pasado de una forma escrita a una práctica jurídica no positivizada, de modo tal que el uso la puede haber transformado en una simple aseveración negativa (de hecho en romance el “*non*”, luego devenido en “no”, desplaza definitivamente al “*ne*” y asume todas las funciones de negación)¹²⁷.

¹²⁵ Así lo entiende LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 17.

¹²⁶ Así MAIER, ob. cit., pág. 596, nota 234.

¹²⁷ Este es un resumen de los argumentos expresados por DE LEÓN VILLALBA, ob. cit., págs. 35 y 36. A estas mismas ideas se ha agregado que la forma “*ne*” es más corta, expresa, lo mismo, es más correcta al regir el subjuntivo y es más antigua como forma de negación en latín (véase MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición Patología y Contrarios*, Diego Marín, Murcia, España, 2006, págs. 25 a 28).



2) EL PROPIO PUNTO DE VISTA

Luego del repaso de los argumentos vinculados con una y otra postura, lo único claro que la decisión por una u otra formulación no resulta fácil. Si el uso del “*ne*” puede considerarse una contracción de la frase de QUINTILIANO “*bis de eadem re ne sit actio*”, el uso del “*non*” podría derivar de una abreviación igualmente factible del aforismo de GAYO “*Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*”. En ambos casos se trata de especulaciones o hipótesis difícilmente comprobables. Lo cierto es que ambas formas de negación se pueden vincular con antecedentes romanos auténticos de la prohibición.

Por otro lado, si el “*ne*” parece más correcto en el lenguaje prescriptivo de un latín más depurado, y a su vez el “*non*” parece más adecuado para una frase autónoma que se presente separada de un contexto dado, tendríamos aquí buenas razones idiomáticas para cualquiera de las dos opciones.

Finalmente, en los países de tradición jurídica continental están bastante extendidas las dos formulaciones. Si bien en lengua castellana parece haber sido más habitual el uso del “*non*”, se advierte un progresivo avance del “*ne*”. En cualquier caso, ninguno de los dos giros impide comprender con claridad de qué se está hablando como para justificar el mantenimiento exclusivo de uno de ellos por estrictas razones de uso. Ambos expresan de manera evidente la negación de lo que es el verdadero núcleo problemático de la frase: el “*bis in idem*”.

La elección dependerá entonces del matiz que quien utiliza la frase quiera resaltar al emplearla. Aquí se ha optado por el “*ne*” para destacar su carácter prescriptivo y por una razón adicional. Como quedara dicho, a partir de la ilustración la primera utilización en un texto positivo de la frase latina abreviada por la que actualmente se conoce la prohibición fue la del art. 9 de la Constitución francesa de 1791, y allí se utilizó la negación “*non*”. Cabe pensar entonces que la expresión allí empleada contribuyó a difundir esa forma de construir la frase en varios países. Por eso, el uso del “*ne*” constituye una manera adicional de resaltar que la prohibición de *bis in idem*, como varias

otras disposiciones tuitivas de la persona, reconocen raíces antiguas, muy anteriores al período de la ilustración¹²⁸, sin que ello implique desmerecer la gran importancia histórica de éste en la configuración de los actuales límites a los abusos del poder estatal en materia penal.

B) LA DENOMINADA TRIPLE IDENTIDAD

La fórmula *ne bis in idem*, expresa de manera breve que frente a ciertas circunstancias que se reiteran, que se presentan idénticas, la persecución que ya se efectuó o la sanción penal que se haya impuesto, no pueden repetirse. Es por eso que lo primero que hay que determinar para saber si la prohibición resulta operativa es si se está ante esas circunstancias idénticas. Claro está que el conjunto de circunstancias que permiten establecer si se está ante una repetición depende en cierta medida de los textos legales mediante los cuales se consagra concretamente la prohibición en los diferentes ordenamientos. Sin embargo, no puede desconocerse que la evolución histórica del *ne bis in idem* ha llevado a reconocer a la doctrina y a la jurisprudencia en varios sistemas jurídicos tres “identidades” fundamentales como presupuesto para que la prohibición opere: La identidad de sujetos, la identidad de hechos y la identidad de fundamentos, a las que cabe referirse ahora brevemente, en forma particularizada. Se trata de presentarlas genéricamente en este capítulo, para poder entender luego cómo se enfocan y resuelven ciertas cuestiones en los distintos instrumentos internacionales elegidos aquí para el análisis.

¹²⁸ Una situación análoga se plantea con los antecedentes de la noción de legalidad, véase por ejemplo YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, págs. 232 a 239. En particular, en pág. 237 se lee: “Vale la pena rescatar la importancia de la tradición hispánica en materia de libertades políticas, pues por la impronta francesa surgida de los movimientos libertarios en el Río de la plata ese pensamiento ha quedado en nuestros ámbitos injustamente relegado.”

1) IDENTIDAD DE SUJETOS

La identidad de sujetos implica en primer lugar que la prohibición operará siempre que la doble persecución y punición recaiga sobre la misma persona. De la sola formulación del *ne bis in idem* como prohibición de doble persecución y doble sanción es posible en una primera aproximación general percibir que para que se pueda hablar de un “*idem*” hay que considerar en quién recae en cada caso la punición y la persecución. Si se persigue o se condena cada vez a alguien distinto difícilmente se podrá hablar de una repetición.

a) La persona física como sujeto

Lo dicho resulta patente en el caso de las personas físicas, en tanto sujetos protegidos por la prohibición de *bis in idem* en los instrumentos internacionales y en las constituciones de los Estados. Ningún sistema jurídico limita la potestad penal al castigo de un único sujeto por cada suceso delictivo, sino que se trata de perseguir penalmente a todos los involucrados como autores o partícipes. Se busca que todos y cada uno respondan de manera individual por su ilícito culpable¹²⁹. Esto de todos modos no excluye que, por ejemplo a través de criterios de oportunidad establecidos en la ley procesal o de excusas absolutorias establecidas en la misma ley penal los Estados persigan a veces a ciertos sujetos y exceptúen a otros. Sin embargo, en líneas generales los Estados y los tribunales penales internacionales pueden ejercer la acción penal contra todos y cada uno de los implica-

¹²⁹ Sin perjuicio de que tradicionalmente se hayan reconocido ciertas relaciones de dependencia entre el accionar de los distintos intervinientes según sean autores o partícipes. Así por ejemplo en los sistemas de tradición continental como el argentino, el español o el alemán, la idea de accesoriedad de la participación ha condicionado históricamente la punición del partícipe a que exista un comienzo de ejecución de una conducta constitutiva de un ilícito penal por parte del autor principal. Sobre ello véase por ejemplo ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.



dos en los hechos delictivos bajo su jurisdicción. Solamente respecto de cada uno de ellos individualmente considerados se suele estimar prohibido que se repita la persecución y la condena.

Sin embargo cabría aún plantearse si lo decidido en un caso penal respecto de una persona concreta debe o no tomarse en consideración necesariamente en un procedimiento posterior seguido a otro por hechos total o parcialmente coincidentes. Pero esto más que con la identidad de sujetos como criterio para considerar prohibida la segunda persecución, tiene que ver con la posibilidad de reconocerle a la cosa juzgada en materia penal un cierto alcance en limitación de procesos posteriores referidos a sujetos distintos en los que haya identidad de hecho con el primero¹³⁰. Sobre ello se volverá en este mismo capítulo al hablar sobre la cosa juzgada¹³¹.

Más allá de la necesidad bastante obvia de exigir la identidad de sujetos como presupuesto de un *ne bis in idem* entendido de modo compatible con el legítimo ejercicio de la potestad penal, existen algunos problemas cuya resolución parece más condicionada por la concreta configuración de la prohibición en los diferentes ordenamientos. Así por ejemplo, la aplicación de la prohibición respecto de las personas jurídicas, o su operatividad cuando son sancionados por los mismos hechos y fundamento una persona física y una persona jurídica que la primera posee o gestiona.

¹³⁰ En este sentido se ha señalado que “[s]e trataría de casos de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse apreciado el efecto de cosa juzgada, sin paralela infracción de la prohibición de doble proceso.” PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 125.

¹³¹ Claro está que no se trata aquí ni en ningún lugar de este trabajo la aplicación a casos posteriores análogos de una cierta doctrina judicial en la que se haya tomado posición respecto de un problema jurídico. Esto último tiene más que ver con la importancia que se le asigne a la jurisprudencia como fuente del derecho en los diferentes ordenamientos, que es un problema de filosofía jurídica que excede los fines de esta obra.

b) La persona jurídica como sujeto

La aplicabilidad de la prohibición de *bis in idem* a favor de las personas jurídicas depende claro está, para que la cuestión tenga alguna relevancia práctica, de que se acepte primero la responsabilidad penal de las personas jurídicas (solo de ese modo son sujetos penalmente perseguibles o sancionables) o bien la aplicabilidad de la prohibición en el ámbito administrativo sancionador (en el que la posibilidad de investigar y sancionar a las personas jurídicas no es discutida). Aceptadas cualquiera de estas dos circunstancias, el problema a decidir sería si cabe un tratamiento diferenciado de la persona física y la persona jurídica, o bien si las limitaciones al poder penal del Estado deben ser iguales para todo sujeto involucrado como imputado en una persecución penal independientemente de su condición de persona física o jurídica. La cuestión parece bastante compleja. Por un lado no es descabellado sostener que el riesgo que el proceso penal implica para la persona humana es más relevante que las consecuencias que puedan recaer en una persona jurídica.

El sentido de las limitaciones al poder penal del Estado tiene su núcleo fundamental en la protección de la persona humana que por ello podría gozar de salvaguardas no necesariamente aplicables a otros sujetos de derecho¹³². Por otra parte, la aplicación del *ne bis in idem* tanto a personas físicas como jurídicas podría fundarse en que toda restricción de derechos de una de estas últimas repercute de algún modo sobre quienes son sus titulares, y en que extender la prohibición a ambas categorías de sujetos parece una limitación razonable al poder penal del Estado que deberá entonces procurar ejercerlo siempre con seriedad y responsabilidad sabiendo que cuenta con una única chance de hacerlo.

En cuanto a la posibilidad de considerar la aplicación de la prohibición de *bis in idem* cuando se persigue consecutivamente a una persona jurídica y una persona física, ello plantea un problema sobre

¹³² Véase en el capítulo III, punto A.2., la relevancia de la dignidad humana en la fundamentación de la prohibición de *bis in idem*.

todo en lo que hace a la posibilidad de doble sanción (más difícil aún verlo en la cuestión del doble proceso). Por un lado parece difícil entender la sanción impuesta a la persona física (respuesta a su concreto obrar ilícito y culpable) como una sanción a la persona jurídica. Aunque a su vez la sanción a la persona jurídica dependiendo de cómo se fundamente, podría estar en mayor conexión con el ilícito culpable de la persona física.

De todos modos hay que tomar en cuenta que la perspectiva propia de la identidad de sujetos respecto del *ne bis in idem* no es tanto la identidad de sentidos comunicativos de la pena (esto tiene más que ver con la identidad de fundamentos) sino el que un mismo sujeto deba soportar más de una vez los males propios de la pena o los males propios del proceso. Así las cosas, difícilmente pueda afirmarse que la pena impuesta a la persona física esté siendo soportada a la vez por la persona jurídica, sin perjuicio de que pueda afectar el funcionamiento de ésta última por ejemplo porque pierde a un ejecutivo competente o porque se ve frustrada la expectativa de algún aporte de capital¹³³.

¹³³ En efecto, si se trata de una pena privativa de libertad o de inhabilitación la sanción importa efectos sobre bienes personalísimos. Si se trata de una sanción patrimonial, en principio la persona física o deberá asumir el costo con una parte de su patrimonio distinta de la que integró a la persona jurídica, o bien con su participación en la misma persona jurídica. Si fuera esto último lo único que habría es un cambio de titularidad de la persona jurídica y no un perjuicio directo para esta. Por otra parte, el hecho de que en algunos casos de sanciones pecuniarias la persona jurídica asuma en la práctica tanto el costo de la que se le imponga a ella como el de las que se le imponga a las personas físicas involucradas no modifica esta situación, en tanto ello no sea una exigencia estatal sino un problema de organización interna. En contra véase NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 315.

También entre las personas físicas, el autor de un hecho podría asumir el costo de la sanción pecuniaria que se le imponga a un coautor, y no por ello podría invocar luego la prohibición de *bis in idem* si se le impusiera luego a él mismo una sanción del mismo tenor.

En la medida que ese “asumir” la multa del otro puede entenderse como fruto de una decisión libre, ello no constituye un problema generado por el ejercicio del poder sancionador del Estado sino que es una peculiaridad propia de la pena de multa. Esta última, por tener contenido económico, puede ser pagada por su destina-

En cambio, la sanción previa o posterior a la persona jurídica podría eventualmente en el plano de sus efectos, llegar a considerarse un castigo que se dirige indirectamente a la persona física que es su titular, con lo que sancionar separadamente a esta última por la misma conducta podría equivaler a castigarla dos veces desde la perspectiva del *ne bis in idem*¹³⁴. Para negar la identidad de sujetos en estos casos se podría argumentar desde la idea de que la sanción a la persona jurídica no es estrictamente hablando un castigo para su titular sino simplemente una afectación de sus derechos patrimoniales equivalente a cualquier otra pérdida que pueda sufrir en el ejercicio de su actividad. Tales pérdidas pueden estar circunscriptas a su participación en el capital (si se trata por ejemplo de una sociedad con responsabilidad limitada), y derivan del riesgo propio de la actividad empresarial de que se trate. Ese riesgo incluye las diversas sanciones que el Estado pueda imponer a las personas jurídicas por hechos de sus órganos en los que pueden o no haber intervenido los socios (podrían deberse exclusivamente al obrar de dependientes con capacidad para gestionarlas y representarlas).

La sanción a la persona jurídica afecta así tanto al titular de ella que hubiera intervenido en el hecho castigado como a los demás titulares que no hubiesen tenido ninguna responsabilidad (si los hubie-

tario con sus propios recursos o con los obtenidos mediante la donación o el préstamo de otro. Que el tercero (persona física o jurídica) decida donar o prestar no implica que le pueda transferir las consecuencias de esa decisión al Estado. Aunque fuera posible que la persona jurídica se viera obligada a realizar pagos de ese tenor por una disposición estatutaria, ello no dejaría de ser una manifestación libre de la voluntad de los socios. Por último, si un sujeto utiliza ilegítimamente activos de la empresa para asumir el pago de la multa propia ello constituirá un daño resarcible autónomo derivado de un delito.

¹³⁴ Para un desarrollo más extenso de la cuestión véase DE LEÓN VILLALBA, ob. cit., págs. 463 a 482. Este autor entiende que una consideración material del problema de la identidad de sujetos debería llevar a afirmar que se da dicha identidad cuando se sanciona a la persona física y a la jurídica por los mismos hechos, en los casos en que “la sanción impuesta recae indirecta pero materialmente sobre la persona física”. En estos supuestos “ella no debería volver a ser sancionada de ninguna otra forma” (las citas textuales corresponden a pág. 474).

re). Por lo tanto, la sanción que separadamente se le imponga a quien intervino (socio o no) constituirá una privación de derechos que deberá soportar individualmente como consecuencia de su obrar ilícito y culpable, lo que no necesariamente coincide con los efectos de la punición a la persona jurídica. Quizás únicamente en algún caso de pequeña empresa se pueda afirmar que la sanción a la persona jurídica repercute tan intensamente sobre la persona física que el castigo autónomo de ambas resulta una duplicación desproporcionada¹³⁵.

Hay además un problema adicional a tomar en cuenta. En la moderna configuración empresarial, las formas jurídicas predominantes son los tipos societarios que limitan la responsabilidad individual. El empresario arriesga hasta el límite del capital social. Ampliar el *ne bis in idem* de tal modo que no puedan coexistir la sanción al individuo y a la persona jurídica implicaría la posibilidad de que el empresario que comete una infracción orientara su actividad ilícita de modo tal que quede facilitada la punición de la persona jurídica para evadir así sus propias responsabilidades en un esquema de irresponsabilidad organizada. Ello significaría que la persona jurídica no estaría ya solamente orientada a limitar la responsabilidad civil y comercial, sino también la responsabilidad penal o administrativo-sancionadora. Tal consecuencia resulta inaceptable.

Algunos autores sostienen de todos modos que la identidad de sujetos entre persona física y persona jurídica viene dada por el hecho

¹³⁵ En efecto, no parecen ser equiparables las afectaciones en el caso de un directivo que no es dueño o que tiene acciones que representan un porcentaje ínfimo del capital de una sociedad anónima, y en el del único titular de una pequeña sociedad colectiva. Este último deberá eventualmente responder de manera ilimitada con su propio patrimonio por las sanciones que se le impongan a su empresa. Ciertamente es también que estos casos no son precisamente paradigmáticos de la necesidad de que la persona jurídica responda penalmente. En la medida en que nos situemos más cerca del comerciante individual fácilmente identificable y por ello susceptible de responder por lo que ocurra en el ejercicio de su actividad, menos necesaria en términos político-criminales será una responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sobre la posible relevancia del carácter familiar de una empresa para afirmar la identidad de sujetos entre persona física y jurídica véase PÉREZ MANZANO, ob. cit., pág. 128.

de que la responsabilidad penal de esta última depende de la actuación de una persona física que actúa en su nombre, y que es quien tiene en definitiva capacidad de acción y de culpabilidad. Si se presupone esa unidad, la autonomía entre persona jurídica y persona física sería solo formal. En definitiva, si se ve la responsabilidad de la persona jurídica como una extensión del ilícito y la culpabilidad de la persona física, no habría auténtica autonomía y por tanto no podría haber doble sanción¹³⁶. Sin embargo este argumento no parece ser decisivo por dos razones. En primer lugar, derivar el ilícito de la persona jurídica del de la persona física no es el único modelo imaginable de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas. Hay modelos en los que se plantea la existencia de ilícitos independientes y la posibilidad de atribuir responsabilidad a la persona jurídica por un hecho propio¹³⁷. La cuestión pues, no está claramente resuelta de manera general y podría variar en cada ordenamiento jurídico dependiendo de los términos en que se consagre la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal.

En segundo lugar, aún cuando se negara la posibilidad de autonomía en el ilícito y la culpabilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, habría que ver de todos modos si se puede realmente sostener que es el mismo sujeto el que está soportando el doble castigo. Ya se anticipó aquí que los fundamentos propios del *ne bis in idem* (que serán desarrollados luego en el capítulo III) atienden más que nada a los efectos negativos de la sanción y del proceso sobre quien los padece. La perspectiva propia de la prohibición en estudio en el plano de la pena no atiende tanto a la manera en que se fundamente la sanción a la persona jurídica, sino más bien a verificar en qué medida el

¹³⁶ *Idem*, pág. 127. En igual sentido DE LEÓN VILLALBA, ob. cit. pág. 469, y GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 63, entre otros.

¹³⁷ Véase, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Normas y Acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, págs. 69 a 96. En esas páginas se realiza un excelente resumen y análisis crítico de los diferentes modelos de atribución de responsabilidad a la persona jurídica y sus proyecciones en la teoría del delito.

castigo a ella, por las privaciones que ocasiona, puede entenderse como una duplicación desproporcionada del mal que debe soportar la persona física involucrada en un hecho delictivo. Aún cuando se afirmara que en estos casos hay una doble valoración de un único ilícito penal, ello no implica necesariamente que se esté ante una doble sanción al mismo sujeto en el sentido del *ne bis in idem*.

En síntesis, el problema político criminal y jurídico penal de si ante el delito cometido en el ámbito de una persona jurídica debe responder sólo ésta, sólo la persona física involucrada o ambos no es pues sino colateralmente una cuestión de *bis in idem*. Como quedara dicho, para que se pueda afirmar la vulneración de la prohibición se deberá verificar en el caso concreto que castigar tanto a la persona jurídica como a la persona física resultará en una inaceptable doble afectación de los derechos de esta última por las particulares relaciones existentes entre ambas¹³⁸.

¹³⁸ Así y todo conviene tener presente que cada vez que el Estado impone una sanción o una pena ello puede acarrear consecuencias negativas tanto a la persona destinataria de ella como a otras que están vinculadas y que pueden sufrir perjuicios. Encarcelar a un hombre que es el sustento económico de su familia, o imponerle una multa elevada puede afectarlo tanto a él como a terceros. Esto no implica que esos terceros están siendo sancionados, sino simplemente que es una consecuencia hasta cierto punto inevitable de la vida en sociedad participar tanto de los beneficios como de los perjuicios de los demás, sobre todo de aquellos con quienes se mantienen vínculos estrechos. Podría darse el caso de que una mujer y su marido sean sancionados ambos por la coautoría de un único delito. Supóngase también que la participación de cada uno ha sido determinante para que el otro tomase la decisión de involucrarse en el hecho. Por ello los dos recibirán una pena. Ambos pueden verse gravemente afectados tanto por la sanción recibida a título individual como por la que reciba el otro. Inclusive la sanción recibida por el otro puede generarles aún mayores sufrimientos que la propia (por ejemplo porque se sienten responsables de haberlo involucrado). Pero esto no significa que quepa ver aquí un problema de *ne bis in idem*.



2) IDENTIDAD DE HECHOS

El segundo presupuesto para que opere el *ne bis in idem* es que tanto la primera como la segunda persecución penal contra una misma persona versen sobre los mismos hechos. Sobre este punto, el gran problema es determinar qué se entiende exactamente por “hechos” a los fines de la prohibición en estudio. En los distintos sistemas jurídicos tanto nacionales como internacionales los textos legales sobre el *ne bis in idem* presentan en su mayoría dos redacciones al respecto. Es posible encontrar textos en los que se habla de “hechos”, y otros que se refieren a “delitos”. El uso de esos dos términos marca en cierta medida los dos extremos posibles en la determinación de este presupuesto de la prohibición.

En definitiva se trata de establecer si debe tomarse en cuenta como punto de partida el aspecto fáctico (es decir la conducta con sus circunstancias locales, temporales y modales), o bien si el dato central será la calificación legal del accionar del sujeto imputado (las significaciones jurídico penales de la conducta)¹³⁹. Desde el último punto de vista no basta para la aplicación del *ne bis in idem* afirmar que existió un único hecho, pues si se infringieron normas diversas (si la misma conducta configura dos o más ilícitos penales) no se dará la identidad requerida para que opere la prohibición y por lo tanto se podrá perseguir a la persona por cada una de las infracciones penales cometidas con su accionar. Es decir que en este modelo priman las significaciones jurídicas de la conducta por sobre su apreciación en un plano fáctico¹⁴⁰. En cambio, desde la primera perspectiva, lo central es el he-

¹³⁹ Algunos autores ven en esta dualidad una distinción aplicable a la prohibición de doble proceso por un lado y doble sanción por otro. Así, se ha afirmado que: “En el caso del ‘non bis in idem material’, el presupuesto estaría constituido por la identidad de infracción (. . .) El ‘non bis in idem procesal’ tomaría por contra como presupuesto, no el ‘crimen’, sino el ‘factum’ (. . .)” GARCÍA ALBERO, Ramón, ob. cit., pág. 24.

¹⁴⁰ Repárese en que solo cabe sostener que la consideración normativa “prima” sobre la fáctica, y no que se tome en cuenta sólo el aspecto normativo con total independencia del hecho. Aún en los sistemas que hablan de prohibición en función del mismo “delito” no cabe poner en duda que la conducta igualmente in-

cho independientemente de que pueda ser constitutivo de muchas infracciones distintas. La persecución penal y sanción de una misma persona por un cierto hecho deberán ser realizadas una única vez. Esto no se modifica aunque en el segundo procedimiento se tomen en consideración algunas circunstancias fácticas adicionales no esenciales¹⁴¹. De este modo, si el Estado dejó pasar la oportunidad de tomar en consideración en el primer proceso todas las infracciones que la conducta implicaba, no podrá escudarse en ello para realizar luego persecuciones reiteradas. Y aún dentro de un mismo proceso puede llegar a ser necesario verificar si se ante un único hecho o ante varios¹⁴².

No obstante lo dicho, es muy importante tener en cuenta que en materia penal y procesal penal es muy difícil establecer una esci-

teresa. La prohibición nunca se considera como referida exclusivamente a los delitos en cuanto tipos penales abstractos, sino que siempre hay alguna conexión con un hecho histórico ya ocurrido. De lo contrario ninguna persona podría ser castigada más de una vez bajo la misma “figura”, independientemente de que cometiera varios hechos que merezcan esa calificación. Ello constituiría, como puede apreciarse, un *ne bis in idem* absurdamente amplio que no es reconocido en ningún sistema jurídico.

Por lo demás, cierto análisis en un plano fáctico parece ineludible en los casos en que hay que establecer si se está ante un único hecho y por eso ante un único delito, o bien ante la comisión reiterada del mismo delito. Es decir, casos donde la figura legal en juego es una sola y la interpretación de ella no aporta datos concluyentes para decidir la cuestión.

¹⁴¹ Constituye una ejemplificación muy expresiva en este sentido la siguiente frase: “San Martín cruzó los Andes” y “San Martín cruzó los andes en mula” son sentencias que predicán, indudablemente, sobre el mismo acontecimiento histórico, aunque también es evidente que la segunda sentencia afirma más que la primera”. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, 2da. edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 608.

¹⁴² Esto no implica que aquí se sostenga que la distinción reposa únicamente en datos fácticos, como se verá a continuación. Más bien respecto de esta cuestión resultan evidentes las conexiones entre *ne bis in idem* y los problemas de concurso de infracciones y concurso de delitos. Sobre ello véanse como obras generales: GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, Cedecs, Barcelona, 1995 y ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

sión absoluta entre los hechos y el derecho¹⁴³. Es por ello que no sorprende que en sistemas jurídicos en los que la prohibición *bis in idem* se aplica en principio cuando hay identidad de “hechos”, se hayan ido introduciendo correctivos de tipo normativo que trascienden una comprensión puramente naturalística de esa noción. Del mismo modo, en sistemas en los que la prohibición se consagra para los casos de identidad de “delitos”, se han incorporado matices fácticos que resultan indispensables al menos en ciertos casos. Ejemplo de lo primero lo constituye la jurisprudencia constitucional española. Ejemplo de lo segundo es lo que ocurre en los Estados Unidos.

a) Del hecho a la norma: La identidad de hechos en la jurisprudencia constitucional española

Para el Tribunal Constitucional español el punto de partida es la identidad de hechos¹⁴⁴. En efecto, ha dicho en términos muy claros:

¹⁴³ La Corte Suprema Argentina ha insistido en esa dificultad al establecer su posición sobre el alcance del recurso de casación en relación con el derecho al recurso establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Véase CSJN, caso *Casal*, sentencia de 20 de septiembre de 2005, en *Fallos* 328:3399. Pero lo ha hecho en términos tan inusitadamente terminantes que habría que ver cómo se compatibilizan las afirmaciones expresadas en esa oportunidad con la relevancia de que las disposiciones sobre *ne bis in idem* vigentes en el país requieran identidad de hechos en lugar de identidad de delitos. En efecto en *Casal* la mayoría de la Corte dijo textualmente: “[L]a distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante (. . .) O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa (. . .)” Véase especialmente considerando 26 del voto de los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti (además se utilizan términos muy similares en el considerando 8 del voto del ministro Fayt).

¹⁴⁴ Véase STC, Sentencia 2/1981, de 30 de enero de 1981, fundamento jurídico 4. En esta primera sentencia sobre *ne bis in idem* el Tribunal Constitucional expresó la exigencia de la triple identidad (hecho, sujeto, fundamento) como presupuesto para la aplicación de la prohibición.

“[E]l objeto del proceso no es un «crimen», sino un *factum*. De otro modo, bastaría modificar, desde el punto de vista jurídico, la calificación, para excluir la *litis pendencia* o la cosa juzgada¹⁴⁵.”

Si bien el párrafo transcrito corresponde a un caso en que no se trataba directamente de una violación al *ne bis in idem* o a la cosa juzgada sino de la determinación de la congruencia fáctica entre la acusación y la sentencia de forma tal que esté asegurada la posibilidad de defensa (el Tribunal habla de “identidad del hecho punible”), lo cierto es que se hace una apreciación que vincula directamente con la prohibición en estudio. De este modo se afirma que los simples cambios de calificación legal no alcanzan para afirmar que falta la identidad fáctica en el sentido de la cosa juzgada.

Sin embargo, en su primera sentencia sobre *ne bis in idem* el Tribunal había incluido ya una cierta consideración normativa para explicar la noción de identidad de hechos. En efecto, allí afirmó que para individualizar los hechos en el sentido de la prohibición de *bis in idem* “es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica¹⁴⁶.” Concretamente se discutía si una persona que había comprado unos brillantes traídos de contrabando a España podía ser perseguida como encubridora de ese contrabando ya consumado y como autora de un delito monetario al entregar un dinero destinado a salir ilegalmente del país. Obsérvese que en un plano puramente naturalístico, la actividad de entregar el dinero y recibir los brillantes estaban causalmente vinculadas y eran temporalmente próximas. También parecían estarlo en el ánimo del imputado que seguramente veía en ello una compra de mercadería. Sin embargo el Tribunal Constitucional apreció que había una doble conducta a la luz de los tipos penales en juego¹⁴⁷.

¹⁴⁵ STC, Sentencia 134/86, de 29 de octubre de 1986, fundamento jurídico 2.

¹⁴⁶ STC, Sentencia 2/1981 ya citada, fundamento jurídico 6.

¹⁴⁷ *Ibid.*

Más recientemente el Tribunal se pronunció también en un sentido similar en un caso en el que se discutía si la investigación en una causa penal, luego archivada, sobre una presunta conspiración para cometer prevaricato en un cierto expediente, impedía la posterior persecución y sanción de hechos de prevaricato efectivamente cometidos en ese mismo expediente¹⁴⁸. Para negar la identidad de hecho el Tribunal sostuvo que la segunda persecución se refería a tres resoluciones concretas dictadas en el expediente en cuestión, y que ello era algo diferente de las reuniones presuntamente llevadas a cabo previamente entre el autor de esas resoluciones y otras personas, orientadas a mantener abierto dicho expediente durante el mayor tiempo posible, más aún tomando en cuenta que esas reuniones no constituían en sí mismas una conducta típica¹⁴⁹. Más allá de lo discutibles que puedan resultar esas afirmaciones, lo cierto es que el Tribunal expresó, a modo de conclusión, lo siguiente:

“[A] la vista del sustrato fáctico que sirve de base a la incoación de una y otra causa y de la calificación jurídica de las conductas atribuidas en ambas al ahora demandante de amparo, puede afirmarse que no existe identidad entre los hechos que se imputan al recurrente en la causa que da lugar al presente recurso de amparo y los de la causa (. . .) que resultó archivada. En consecuencia no concurre el presupuesto para la aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem¹⁵⁰”.

Es expresa en el párrafo transcrito la referencia tanto al sustrato fáctico como a la calificación jurídica para determinar la identidad de hechos. Claro que no se afirma allí que la calificación legal permita negar la identidad de hechos siempre que una misma conducta

¹⁴⁸ STC, Sentencia 229/2003 de 18 de diciembre de 2003.

¹⁴⁹ *Idem*, fundamento jurídico 6. Se resaltó especialmente el hecho de que esas reuniones no fueron acreditadas ni siquiera de manera indiciaria, y que aún cuando se hubiera acreditado su existencia no constituirían un hecho punible por no estar prevista en la ley penal la conspiración para prevaricar.

¹⁵⁰ *Ibid.*



esté prevista en dos leyes sancionadoras distintas. Más bien lo que se pone de manifiesto es que, para determinar si hay o no identidad de hechos, resulta necesario atender mínimamente tanto al plano fáctico como a lo que quedó efectivamente abarcado en los tipos penales por los que se realizaron las dos persecuciones o por los que se impusieron las dos sanciones. Eso puede llevar en ciertos casos a negar la identidad de hechos (aún cuando haya cierta proximidad en el marco puramente temporal y espacial), y en otros a afirmarla (aún cuando en el plano puramente fáctico haya dudas sobre si hay una única acción o acciones separadas).

Un buen ejemplo de lo último lo constituye una sentencia del Tribunal Constitucional en la que se discutió la situación de dos personas condenadas en dos oportunidades distintas por ejercer sin título habilitante la profesión de óptico¹⁵¹. En el primer proceso se les atribuyó a ambos sujetos el haber ejercido dicha profesión en un establecimiento determinado por un cierto período de tiempo. En el segundo, si bien el período era parcialmente coincidente, se les imputó el ejercicio de la misma profesión en otro establecimiento distinto. Más aún, el juez penal que intervino en el segundo proceso rechazó un planteo de cosa juzgada precisamente por entender que no había identidad de hechos al tratarse de establecimientos distintos y al tomarse en consideración en el segundo proceso un período de tiempo mayor¹⁵².

Al resolver la cuestión el Tribunal Constitucional expresó:

“[L]a circunstancia de que la comisión de los hechos sancionados consistentes en realizar actos de la profesión de óptico sin título se haya llevado a cabo en dos establecimientos diferentes (. . .) no es motivo suficiente para entender que se trata de dos hechos distintos penalmente relevantes y constitutivos de separadas infracciones, puesto que el lugar de su reali-

¹⁵¹ STC sentencia 204/1996 de 16 de diciembre de 1996. Véase también el análisis de esta sentencia que realiza PÉREZ MANZANO, ob. cit., págs. 97 a 99, para quien esta es la resolución en la que el Tribunal Constitucional se inclina de manera más clara por una concepción normativizada en la determinación de la identidad de hechos a los fines del *ne bis in idem*.

¹⁵² *Idem*, fundamento jurídico 3.

zación no es un elemento al que el tipo conceda relevancia alguna como tampoco al de hallarse al frente de aquéllos, lo cual no pasa de ser uno de los actos propios de la citada profesión.

Sancionada una conducta consistente en el ejercicio por el sujeto pasivo de una concreta profesión sin título habilitante para ello, la circunstancia de que sus actos se lleven a cabo en el mismo o en distintos lugares (que incluso fueron casi enteramente coincidentes en el tiempo) no resulta trascendente a los efectos penales, como tampoco la realización de uno o varios actos, pues precisamente el tipo penal contempla la realización no de un acto aislado, sino de «actos propios de una profesión» en general, una de cuyas características suele ser la habitualidad.”

Es manifiesta en los párrafos transcritos la referencia constante a los elementos del tipo penal aplicable para la determinación de la identidad de hechos a los fines del *ne bis in idem*. En este caso se afirma la existencia de tal identidad, aunque los autores hayan realizado varios actos distintos de ejercicio profesional durante un período de tiempo prolongado y en lugares diferentes. El principal motivo para afirmarla (si bien se menciona también la relativa cercanía temporal) es el significado abarcativo de múltiples conductas que tiene el tipo en cuestión¹⁵³. Ello implica una consideración eminentemente normativa del concepto de identidad de hechos en la jurisprudencia constitucional española.

b) De la norma al hecho: La identidad de delitos en la experiencia estadounidense

La situación en los Estados Unidos constituye, como quedara dicho un itinerario hasta cierto punto inverso. Si bien el texto constitu-

¹⁵³ Una solución idéntica, para el tipo penal de ejercicio ilegal de la medicina en el Código Penal argentino, aparece como ejemplo de la dificultad de definir la identidad de hecho sin referencias normativas en MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* . . . , pág. 611.

cional reconoce la prohibición de *bis in idem* en los casos de identidad de “delitos” (*same offense*), la jurisprudencia ha generado algunos criterios de análisis en el plano de lo fáctico para establecer si la múltiple persecución o sanción de un mismo hecho en virtud de figuras penales distintas resulta o no compatible con la prohibición de *double jeopardy*¹⁵⁴. Esa búsqueda de criterios se expresa en la formulación de distintos tests a partir de los cuales se examina la proximidad espacial y temporal de las acciones realizadas por el acusado ya sea en procesos diferentes (para saber si es válido llevar adelante la segunda persecución) como dentro de un mismo proceso (cuando se trata de establecer si cabe castigar el hecho conforme una o más figuras)¹⁵⁵. Esos tests, reconocidos en las jurisdicciones de los distintos estados y en la federal, tienen alcances diversos. Además la aplicación de ellos ha sido dispar, pues no todos se aplican en todos los Estados, y aún los estados que aplican el mismo test no siempre lo entienden exactamente de la misma manera¹⁵⁶. Así y todo, es posible distinguirlos a grandes rasgos.

¹⁵⁴ De todos modos, en la jurisprudencia constitucional federal se trata de una búsqueda de criterios fácticos bastante limitada, puesto que si la intención del legislador es manifiesta en punto a que desea que se apliquen dos o más figuras penales a unos mismos hechos, la obligación del tribunal es aplicar ambas y se excluye así todo análisis en el plano de lo fáctico. Así lo estableció la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hunter*, 459 U.S. 359 (1983), donde se afirmó que la limitación de tipo fáctico establecida en un precedente anterior no resulta aplicable si “hay una clara indicación de intención legislativa en contrario”. Con esto la Corte no pretendió apartarse de su jurisprudencia anterior sino precisarla, y aún apoyarse en ella, aunque la derivación resulta discutible. Lo cierto es que actualmente, las consideraciones fácticas sólo entran a jugar en ausencia de una intención legislativa expresa. Además, esas limitaciones fácticas son entendidas más que nada como una forma de buscar la intención del legislador sobre si cabe o no la múltiple persecución o sanción.

¹⁵⁵ En la jurisprudencia constitucional federal la identidad de hecho requerida en los casos de doble persecución y doble sanción es la misma, según estableció la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Dixon*, 509 U.S. 688 (1993).

¹⁵⁶ Sobre el origen y aplicación de estos tests en la primera mitad del siglo XX véase JONES, Margaret, “What constitutes double jeopardy?”, *Journal of Criminal Law and Criminology* (1931-1951), Vol. 38, No. 4. (Nov. - Dec., 1947), págs. 383 a 387.

Uno de los más extendidos es el test de la misma evidencia (*same evidence test*), que si bien ha tenido formulaciones diversas en general implica que si el acusado nunca hubiera podido ser condenado en el primer proceso por el delito por el que resulta acusado en el segundo proceso, la absolución o condena en el primero no alcanza para impedir el último. Si se trata de un único proceso, el test autoriza a tomar en consideración todas las figuras bajo las que cuadren los hechos, siempre y cuando cada una de ellas requiera alguna prueba diferente de las demás. Esto implica que tiene que haber un elemento fáctico distinto en los diversos delitos, ya sea que ello surja claramente de lo establecido en la norma o bien del plano concreto de la prueba que se produce en el juicio¹⁵⁷. Expresándolo de manera inversa: Si, no obstante existir dos o más figuras penales vigentes, todas ellas abarcan (en abstracto o en concreto) exactamente los mismos elementos fácticos, no se permite el segundo proceso ni la sanción múltiple. No basta la sola coexistencia de dos o más normas sancionatorias, sino que hay que determinar si ambas figuras se refieren o no exactamente a cuestiones fácticas que requieren ser (o que en la causa concreta podrían ser) probadas de la misma manera¹⁵⁸. De todos modos, para afirmar

¹⁵⁷ Es cierto que en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema parece primar el análisis en el plano de las normas, y por eso el carácter de criterio fáctico de este test puede parecer dudoso. El análisis comparativo de los elementos referido al *double jeopardy* fue recogido expresamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Blockburger*, 284 U.S. 299 (1932), donde expresó que “cuando el mismo acto o transacción constituye una violación de dos disposiciones legales, el test a aplicar para determinar si hay dos delitos o solo uno, es si cada disposición requiere prueba de un hecho que la otra no requiere.” Se advierte que hay una referencia a lo que digan las “disposiciones legales”, pero al mismo se habla de la “prueba de un hecho”, con lo cual la formulación es bastante ambigua.

Además aún dentro de Estados Unidos hay estados que separan este análisis en dos tests distintos, verificando así tanto un aspecto normativo (*statutory elements test*) como un aspecto fáctico (*actual evidence test*) para descartar el *bis in idem*. Véase a este último respecto Tribunal de Apelaciones del estado de Indiana, caso *Ward v. Indiana*, resolución n° No. 34A04-0002-CR-59, de 13 de septiembre de 2000.

¹⁵⁸ Una variante de este test ha sido recogida también por las Cámaras de Apelaciones de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para

que se trata de delitos distintos, no basta tampoco cualquier diferencia probatoria, sino que se debe verificar si hay o no coincidencia en cómo deben ser probados los elementos esenciales de cada figura¹⁵⁹.

Ha venido coexistiendo con el anterior, el test de la transacción única (*single transaction test*) o de la misma transacción (*same transaction*). El criterio que surge de este test es que si se está frente a un

Ruanda. En efecto, el Tribunal para Yugoslavia sostuvo: “Habiendo considerado las diferentes aproximaciones expresadas sobre esta cuestión tanto en este Tribunal como en otras jurisdicciones, esta Cámara de Apelaciones afirma que razones de justicia para con el acusado y la consideración de que sólo delitos distintos pueden justificar condenas múltiples, llevan a la conclusión de que las condenas penales múltiples fundadas en disposiciones legales diferentes pero basadas en la misma conducta sólo son permisibles si cada disposición legal involucrada tiene un elemento material distinto no contenido en la otra. Un elemento es materialmente distinto de otro si requiere prueba de un hecho no requerido por el otro.

Si este test no se ve satisfecho, la Cámara debe decidir acerca de en cuál de los delitos fundamentará la condena. Esto debe hacerse sobre la base del principio según el cual debe confirmarse la condena basada en la disposición más específica. Por lo tanto, si un conjunto de hechos es regulado por dos disposiciones, una de las cuales contiene un elemento adicional materialmente distinto, la condena debe basarse solamente en esa disposición.” La cita corresponde a TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Celebici*, n° IT-96-21-A, sentencia de 20 de febrero de 2001, párr. 412 y 413. El Tribunal para Ruanda hizo suyos estos mismos párrafos en TPIR, Cámara de Apelaciones, caso *Musema*, n° ICTR-96-13-A, sentencia de 16 de noviembre de 2001, párr. 359 a 363.

¹⁵⁹ El núcleo de este test pasa por establecer qué es una “diferencia esencial”. Hay casos que demuestran que la interpretación de los tribunales estadounidenses no es para nada generosa con los imputados. Así por ejemplo en *Ward v. Indiana*, antes citado, se entendió que el manoseo practicado por el acusado a un menor y su intento, prácticamente inmediato, de penetrarlo constituían dos hechos independientes, tanto por las exigencias típicas de los delitos de como por la prueba requerida (el plus probatorio estaría en la penetración). De este modo ratificaron la condena por “dos” delitos: *attempted child molesting* y *child molesting*.

Por otra parte, para un análisis de este test dentro de Estados Unidos en perspectiva histórica véase el comentario de AAVV., “Successive Prosecutions Based on the Same Evidence as Double Jeopardy”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 3. (Jan., 1931), págs. 462 a 469. Asimismo, es muy rico el análisis del estado de la cuestión en la jurisprudencia federal y de los distintos estados a fines del siglo XIX, en el trabajo, también de AAVV., “The Evidence Test in Double Jeopardy” en *Columbia Law Review*, Vol. 6, No. 2. (Feb., 1906), págs. 110 a 112.

obrar acontecido en un mismo contexto de desarrollo temporal y espacial, no corresponde la doble punición o el doble proceso¹⁶⁰. Claro está que la eficacia limitadora de la múltiple persecución y sanción por medio de estos elementos depende en buena medida de qué se entienda por “cercanía” temporal y espacial, pues una segmentación excesiva puede llevar a una multiplicación de los procesos y las sanciones más que a limitar su duplicación¹⁶¹. Dentro de este test el contexto fác-

¹⁶⁰ Véase Tribunal Distrital de Apelaciones de Florida, segundo distrito, caso *Hammel v. Florida* n° 2D05-4021, resolución de 2 de agosto de 2006. Allí, con cita a otros precedentes del mismo estado, se dijo: “El test utilizado para determinar si los delitos surgen del mismo episodio requiere que el tribunal de juicio examine si hubo una separación de tiempo, lugar o circunstancias entre los delitos, porque esos factores son criterios objetivos utilizados para determinar si hay actos criminales distintos e independietes o si hay un acto criminal continuo con una única intención criminal.”

¹⁶¹ Resulta muy llamativo a este respecto: Tribunal de Apelaciones del Estado de Nuevo México, caso *New Mexico v. Kook*, opinión n° 2006-NMCA-110, fecha de presentación 13 de junio de 2006. El caso trata de un camionero que obligó a una mujer a subir su camión, la llevó a un lugar apartado, la violó dentro del vehículo, luego limpió a la víctima y a un asiento con un trapo, y finalmente la mandó a lavarse en un río. Un jurado condenó al sujeto por secuestro, dos hechos de violación (dos penetraciones) y dos hechos de encubrimiento. Ante el Tribunal de Apelaciones ni siquiera se cuestionó la condena por el secuestro más las dos (?) violaciones y el encubrimiento. Lo único que se impugnó desde la perspectiva del *double jeopardy* fue si había realmente dos encubrimientos o uno. Al resolver, el tribunal entendió que, como no estaba claro que se hubiera limpiado el asiento, solo cabía tener por probada una única e ininterrumpida secuencia de destrucción de la misma evidencia. Se entendió que “ambas limpiezas” de la víctima ocurrieron una tras la otra y prácticamente en el mismo lugar, ya que el camión estaba estacionado junto al río. De acuerdo con este fallo, cuando se trata de la aplicación de figuras diferentes, se parte de la falta de identidad de delitos. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Nuevo México exige tomar como punto de partida la voluntad del legislador de punir separadamente, según se advierte en *State v. Pierce*, 110 N.M. 76, 84-85, 792 P.2d 408, 416-17 (1990). Solo subsidiariamente se realiza un análisis fáctico, que resulta de todos modos demasiado segmentado en la consideración témporo-espacial. Parecería que si el río hubiese quedado un poco más lejos o si hubiese transcurrido algo más de tiempo entre la limpieza de la víctima dentro del camión y la realizada en el río el tribunal no habría tenido problema en afirmar que se trataba de dos encubrimientos. Se trata pues de una peligrosa combinación de punto de partida normativo y un examen adicional hiper-naturalístico que lejos de ampliar el alcance del *double jeopardy* lo restringe aún más.

tico puede estar orientado además a establecer un dato subjetivo: la existencia de una intención delictiva específica requerida en la figura penal de que se trate. Así, los elementos temporales y espaciales se utilizan para verificar la formación de una “nueva intención”, y la formación de la intención rompería la unidad del delito posibilitando la persecución o sanción múltiple¹⁶². También a este respecto la interpretación de los datos fácticos y temporales en relación con la intención criminal pueden ser apreciados de manera más o menos amplia¹⁶³.

¹⁶² “Bajo el test de la ‘misma transacción’, el fiscal debe presentar en un único juicio todos los cargos que surjan de una ‘secuencia de tiempo continua’ y que sean demostrativos de una ‘única intención y objetivo’ cuando los delitos en cuestión requieran una intención criminal específica como elemento (. . .) Si uno o más de los delitos no incluyen una intención criminal específica como elemento, el test se centra en si los delitos fueron parte del mismo episodio criminal y en si ellos involucran leyes que buscan prevenir el mismo daño o el mismo mal, o unos parecidos, en vez de un daño o un mal sustancialmente diferentes.” Tribunal de Apelaciones del Estado de Michigan, caso *People vs. Feazel*, LC No. 93-000291-FH, resolución de 1 de noviembre de 1996. Es interesante constatar cómo el tribunal intenta relacionar la identidad de hechos delictivos con el objeto de protección de la norma, algo que en los países de tradición continental se expresaría quizás más como un problema de identidad de fundamentos.

¹⁶³ En el caso *Hammel v. Florida* antes citado, el Tribunal Distrital de Apelaciones entendió que el imputado, que había intentado seducir a un menor (en realidad era un policía haciéndose pasar por un menor) manteniendo con él varias conversaciones informáticas en un *chat room*, había cometido tantos hechos criminales como conversaciones mantuvo. Ello así por cuanto: “Si bien los actos del Sr. Hammel estaban dirigidos a la misma víctima, la separación de tiempo entre las conversaciones demuestra que tuvo tiempo de detenerse, reflexionar y formarse una nueva intención criminal antes de iniciar cada conversación adicional. Aunque algunas conversaciones estaban separadas solamente por un día, otras ocurrieron con cinco o siete días de diferencia. El registro demuestra que cada vez que el Sr. Hammel contactó al Sargento Waters se había formado una nueva intención de intentar seducir a ‘Larry’ a cometer un acto ilegal.” Se trata, como puede verse, de una consideración muy segmentada de lo que implica formarse una intención contraria a la norma. El delito en cuestión es bastante específico: “utilizar una computadora para seducir o intentar seducir a un menor o a una persona a quien se cree menor, para cometer un acto ilegal descrito en los capítulos 794, 800 u 827 de las leyes de Florida”. Así y todo el texto parece admitir una interpretación que comprenda todas las conversaciones en un único intento de seducción.

El aspecto intencional del acusado ha sido utilizado también, aunque en mucha menor medida, como un test autónomo llamado de la intención única (*single intent test*). Desde esta perspectiva habrá solo un delito si una sola era la intención del acusado la realizar su conducta, independientemente del número y gravedad de los resultados que sus actos hubieran ocasionado¹⁶⁴.

c) La identidad de hechos en un enfoque normativo y fáctico

A partir de lo hasta aquí expuesto se puede advertir entonces que, con independencia del texto legal por el cual se consagre la prohibición de *bis in idem*, tanto para la determinación de identidad de hechos como para la determinación de identidad de delitos en los diferentes sistemas jurídicos se requiere de un análisis que incluya aspectos normativos, vinculados con las concretas exigencias de los tipos en juego, y aspectos fácticos que se vinculan con el análisis de elementos espacio-temporales¹⁶⁵. No cabe afirmar que la consideración de puros datos fácticos sea en su conjunto más favorable al imputado que la consideración de puros datos normativos, ni tampoco es posible afirmar lo contrario. Más bien ambos enfoques pueden servir según el caso tanto para ampliar como para reducir la posibilidad de múltiples sanciones y procesos. De ello se sigue que lo ideal es una articulación armónica de ambas clases de criterios tomando en cuenta a la vez el sentido de la prohibición de *bis in idem* y la necesidad de una valoración integral de los hechos delictivos. Ciertamente ello no resulta una tarea sencilla.

Por un lado, una cierta redacción del *ne bis in idem* en la que se exija expresamente como presupuesto identidad de “hechos” resul-

¹⁶⁴ Véase JONES, Margaret, ob. cit., pág. 383.

¹⁶⁵ En este sentido ROXIN considera en la determinación de la identidad de hechos “(m)erece preferencia una combinación de puntos de vista fácticos y normativos”. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, trad. de la 25ta. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 160.

ta, como punto de partida para la interpretación (y solo como punto de partida), más favorable al imputado que la referencia expresa a una identidad de “delitos”¹⁶⁶. El principal efecto de la exigencia de identidad de hechos es, como quedara dicho, que incluye en principio dentro del ámbito de aplicación de la prohibición de *bis in idem* los supuestos en que un mismo *factum* cae bajo la previsión de más de una norma penal. Es decir que si en un caso concreto dos o más normas penales parecen aplicables a una acción humana capaz de sentido (o a varias acciones muy próximas en tiempo y espacio), ello no alcanza por sí solo para duplicar la sanción o la persecución, sino que se hace necesario indagar más sobre el significado de lo ocurrido a la luz de los tipos en juego, de los bienes atacados, de la intención del agente, entre otros criterios. Por el contrario, los sistemas que parten de la identidad de delitos la sola expresión de voluntad del legislador en pos de multiplicar las perspectivas normativas de apreciación del hecho permitiría ya la sanción y persecución múltiple.

Al mismo tiempo, una cierta consideración del hecho en función de la norma penal, permite una apreciación valorativa del conjunto de acciones humanas que constituyen esa unidad de sentido llamada delito. Pues recortar la realidad en términos exclusivamente naturalísticos puede llevar a ver hechos separados allí donde no hay más que una única manifestación con significado delictivo. Introduciendo criterios normativos es posible entonces captar la unidad allí donde los sentidos perciben únicamente movimientos corporales distintos llevados a cabo con mayor o menor distancia temporal y espacial.

Pero más allá de estas ideas directrices, la concreción en cada caso de lo que ha de entenderse por “hecho único” a los fines del *ne bis in idem* se presenta como bastante variable y por ello problemática. Hay supuestos en que la multiplicidad de violaciones derivadas de un único movimiento físico tiene unas consecuencias tales que parece

¹⁶⁶ MAIER, *Derecho Procesal Penal*. . . , pág. 610, habla de la exigencia de identidad de hechos como de un “significado negativo inicial” que de todos modos no puede excluir, cuando se trata de definir cuál es el hecho punible o la imputación penal, las “definiciones normativas, para el caso, específicamente jurídicas”.

inaceptable una única persecución y sanción penal. Tal es por ejemplo el caso de un sujeto que con solo oprimir el gatillo de su fusil automático y girar al mismo tiempo su cintura produce la muerte de tres personas. Allí es tan evidente que hay un solo movimiento corporal como que se ha “matado a otro” tres veces y por ello hay tres homicidios¹⁶⁷. Se han afectado así bienes personalísimos de titulares distintos.

Hay otros casos en cambio en los que la figura penal involucrada está construída de tal modo que parece unificar manifestaciones fácticas eventualmente separadas en el tiempo y en el espacio. Tal sería por ejemplo la situación del art. 173 inc. 7 del Código Penal Argentino, que castiga el delito de administración fraudulenta. La unidad está dada allí por el sentido abarcador de varias acciones que tiene el tipo al hablar de relaciones de confianza generales tales como el “manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos”. Al mismo tiempo se plantean los verbos en términos como “perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”. Es por eso que ya sea que se hayan realizado uno o varios actos perjudiciales para el patrimonio confiado, y que estos hayan ocurrido en momentos y bajo modalidades diferentes, constituirán siempre un único hecho de administración fraudulenta¹⁶⁸.

En cierto modo similar es la situación que plantean los supuestos de delito continuado. La noción misma de delito continuado no es sino una construcción teórica que, basada en diversos criterios objetivos y subjetivos, trata de explicar por qué resulta más correcto en ciertos casos afirmar que la repetición de ataques idénticos al mismo bien jurídico de un mismo sujeto pasivo constituye en realidad una única infracción penal y no varias, a pesar de que esos ataques estén más o

¹⁶⁷ Más aún, supóngase que después del hecho esconde los tres cadáveres. Aunque en un primer proceso se lo persiga y condene por dos homicidios, no parece irrazonable conforme una valoración integral del hecho que se lo persiga y sancione luego por el homicidio restante una vez conocido.

¹⁶⁸ En igual sentido la relevancia de la unidad típica en este delito en relación con el *ne bis in idem* aparece desarrollada en el dictámen del Procurador General de la Nación que la Corte Suprema argentina hizo suyos en CSJN, caso *Pompas*, sentencia de 3 de diciembre de 2002, en *Fallos* 325:3255.

menos espaciados en el tiempo y la letra del tipo penal aplicable no excluya totalmente que puede haber reiteración delictiva. Es decir que se trata también de contemplar como una unidad un conjunto de acciones separadas en tiempo y espacio con base en un cierto criterio, solo que estos datos unificadores no surgen claramente del mismo tipo penal aún cuando quepa vincularlos al mismo¹⁶⁹.

Hay otro grupo de casos en los que un conjunto de hechos puede verse tanto como una unidad o como algo separado según las diferentes figuras aplicables al caso, con lo cual su solución aparece como especialmente dificultosa. Tal es por ejemplo la relación entre el delito de genocidio y los diferentes homicidios perpetrados con la intención de destruir en todo o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso; asimismo, la relación entre el delito de corrupción de menores y los diferentes hechos de abuso sexual realizados con el fin de afectar el normal desarrollo de la sexualidad de un menor. Una solución posible para este grupo especialmente problemático de casos es guiarse por la lógica del *in dubio pro reo*, afirmando, ante la duda, que se trata ya de un hecho único o de varios según qué resulte más favorable al imputado en el caso concreto. Claro que con ello, además de no darse una solución real al problema, podrían generarse lagunas de impunidad. Otra posibilidad es verificar cuál de las dos consideracio-

¹⁶⁹ La noción de delito continuado es de todos modos problemática. Ha sido objeto de críticas por parte de varios autores como JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pág. 653; o JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 1097. Hay quienes plantean una reducción del alcance del delito continuado sobre la base de criterios normativos superadores de la sola identidad objetiva y subjetiva que sería insuficiente, sino también atendiendo al propio tipo. En este sentido véase por ejemplo CHOCLÁN MONTALVO, José A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 439 y 440. Esta última perspectiva posibilitaría que el supuesto de administración fraudulenta antes mencionado sea entendido sencillamente como un caso de delito continuado.

nes implica una valoración más adecuada a la gravedad del injusto y a la culpabilidad del autor, y sobre esas bases tomar una decisión¹⁷⁰.

d) Identidad de hechos en clave sustantiva

Los tres grupos de casos antes mencionados, no son más que ejemplos de algunas de las situaciones en las que la problemática de la identidad de hechos como presupuesto del *ne bis in idem* se superpone en buena medida con diversos problemas teóricos del Derecho Penal sustantivo. De este modo, a partir de las posiciones adoptadas frente a esos problemas se pueden resolver también otros grupos de casos problemáticos desde la perspectiva de la prohibición en estudio. Así, en conexión con en *ne bis in idem* se pueden encontrar en el Derecho Penal problemas sobre:

- a) La determinación de la unidad o pluralidad de realizaciones típicas, a partir de lo que surge de la redacción de los tipos penales y su consecuente clasificación, atendiendo a:
 - El carácter individual o múltiple de las acciones abarcadas por un solo verbo típico (por ejemplo la decisión de si un cierto delito es o no plurisubsistente, permanente, si se trata de un tipo con conceptos

¹⁷⁰ Quizás desde este punto de vista lo más razonable en el plano de la valoración integral del hecho sería afirmar el concurso real entre los distintos hechos de homicidio o de abuso sexual, y una vez obtenida de este modo la escala penal aplicable, tomar todo ese conjunto de hechos para hacerlo concurrir idealmente con la figura de genocidio o de corrupción respectivamente. Es cierto que en el caso del genocidio podríamos considerar que como esa figura constituye un crimen internacional tiene una cierta autonomía conceptual, y además los homicidios individualmente considerados constituyen ataques a bienes personalísimos de distintas víctimas. En cambio en el supuesto de corrupción tendríamos todos ataques a la integridad sexual de la misma víctima, con lo cual la posibilidad de separación es más discutible. Además, suponiendo que la persona ya fue condenada por corrupción, cabe preguntarse si sería legítimo iniciar un nuevo proceso por una agresión sexual ocurrida en ese mismo período pero no tomada en cuenta en el anterior juicio. Ello podría ser aceptable en la medida en que no se valore para nada en ese segundo proceso la relevancia de ese ataque en cuanto acto idóneo para promover la corrupción.



- globales, o de un supuesto de infracciones progresivas).
- La posibilidad de considerar o no separadamente los distintos verbos típicos enunciados en una misma figura (por ejemplo determinar si se está ante un delito complejo o compuesto, o ante un delito de varios actos, o un tipo mixto acumulativo, alternativo o excluyente).
- b) Otros casos de unidad y separación de realizaciones típicas que no surgen directamente de la redacción de los tipos en juego tales como:
- Los supuestos de delito continuado.
 - Casos de realización iterativa del mismo tipo (es decir cuando hay estrecha conexión espacial y temporal, homogeneidad del comportamiento, unidad de resolución en el autor e intensificación meramente cuantitativa del injusto, de modo tal que la conducta ha de ser entendida como una unidad aunque la redacción del tipo penal no sea concluyente en ese sentido)¹⁷¹.
 - Casos en que la decisión sobre la unidad o la pluralidad se toma atendiendo al número y naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal aplicable (por ejemplo establecer si se configura o no un delito pluriofensivo, o si mediante una única conducta se lesionan bienes personalísimos de distintas víctimas).
- c) En general, el concurso de leyes.
- d) La unidad o pluralidad de hechos conforme los criterios del concurso de delitos.

Las soluciones que se adopten ante la aparición de alguno de estos problemas en un caso dado condicionan evidentemente la posibi-

¹⁷¹ Se trata también de una definición en el ámbito de la tipicidad solo que no se la realiza con referencia concreta al texto legislativo sino a como esas acciones convergentes se entienden normalmente en la vida social (así por ejemplo los múltiples golpes propinados a la víctima en un hecho de lesiones).

lidad de sanción y persecución múltiple¹⁷². Claro está que esto no implica desconocer que existen muchas discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia acerca de, por ejemplo, cómo se interpretan y clasifican los diversos tipos penales, sobre cuáles son los criterios para establecer si hay o no delito continuado, y en qué relaciones entre acciones y figuras constituyen una u otra forma de concurso¹⁷³.

Si se considera además la posibilidad de un *ne bis in idem* internacional, las apuntadas diferencias se agudizan. Ello es así pues las divergencias en la redacción de los tipos penales, en su ubicación sistemática, y en las soluciones de las partes generales de los diferentes

¹⁷² El esquema es similar al propuesto por SANZ MORÁN para delimitación entre los supuestos de unidad y pluralidad delictiva (Véase SANZ MORÁN, Angel. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad, Valladolid, 1986 págs. 111 y siguientes). Para este autor dentro de la unidad quedan incluidos:

1) Los casos de unidad típica en sentido estricto. Es decir aquellos en los que a partir de la misma descripción típica se pueden valorar como unidad una serie de hechos que desde el punto de vista naturalístico aparecen como pluralidad: el delito permanente, los delitos complejo y compuesto, los tipos con conceptos globales, los delitos de varios actos y las leyes mixtas alternativas.

2) El concurso de leyes penales.

3) Los casos en que el tipo penal se realiza de manera sucesiva pero que sin embargo sigue constituyendo una unidad delictiva como son el delito plurisubsistente, los casos de unidad natural de acción y el delito continuado.

Como puede apreciarse, en el esquema del autor citado los casos de unidad delictiva se ordenan en función de ciertas similitudes en el modo en que se dan las conductas que resultan unificadas. En cambio en el esquema propuesto en este trabajo no se trata solo los casos de unidad sino que se presenta un cuadro de situaciones que pueden llevar tanto a la unidad como a la separación, ordenadas más bien en función de su relación con los tipos penales, y al grado de autonomía que la conceptualización de tales problemas ha alcanzado en la teoría penal. Un buen resumen del estado de estas cuestiones en España y Alemania en relación con la teoría del concurso aparece en ESCUCHURI AISA, Estrella, ob. cit., págs. 365 a 393.

¹⁷³ Por ejemplo en Argentina ha sido inacabable la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre la posibilidad de perseguir o no separadamente el robo agravado por el uso de armas y la tenencia ilegítima del arma utilizada en el hecho. Un acabado resumen de las diferentes posiciones a este respecto puede verse en ZIFFER, Patricia S., *El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

códigos penales necesariamente se traduce en muchos casos en alcances diversos en cuanto al número de conductas abarcadas en cada tipo, y en formas diferenciadas de comprender el delito continuado o las reglas del concurso, etc. Además, aún cuando se puedan detectar tipos penales más o menos análogos o aún idénticos en dos sistemas jurídicos, su interpretación y aplicación estará condicionada también por las diferencias históricas y culturales que inciden evidentemente en el sentido y alcance que se les da a las disposiciones tanto en la legislación como en la jurisprudencia y la doctrina¹⁷⁴.

Así y todo, puede decirse que en la medida en que se afirme en un caso dado, conforme los criterios vigentes en el propio sistema jurídico, que un único tipo abarcó varias acciones, que la realización de los diferentes verbos típicos incluidos en una misma figura no implica una multiplicación de la delictuosidad, que hay un concurso aparente de leyes o que hay un concurso ideal de delitos, no será posible al mismo tiempo negar la identidad de hechos en cualquier otro supuesto de aplicación del *ne bis in idem*, y por lo tanto no cabrá una doble sanción ni una persecución penal posterior dentro del mismo Estado¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Un exponente paradigmático de esta complejidad es la persecución penal en países diversos de conductas vinculadas con el tráfico internacional de estupefacientes. A las dificultades propias de los distintos tipos penales se suman las disposiciones de las convenciones internacionales que rigen la materia. En Argentina la cuestión ha suscitado una interesante evolución jurisprudencial e intercambio de opiniones entre la Procuración General de la Nación y la Corte Suprema que se ve muy bien documentada en: CSJN, caso *Rojas Morales*, sentencia de 1 de diciembre de 1988, en *Fallos* 311:2518; CSJN, caso *Curuchaga*, sentencia de 10 de abril de 2001, en *Fallos* 324:1146; CSJN, caso *Arla Pita*, sentencia de 31 de octubre de 2002, en *Fallos* 325:2777; CSJN, caso *Duque Salazar*, sentencia de 16 de noviembre de 2004, en *Fallos* 327:4884; CSJN, caso *Cabrera*, sentencia de 6 de marzo de 2007, en *Fallos* 330:261.

¹⁷⁵ Es cierto que los supuestos de concurso ideal pueden no tener la misma respuesta sancionadora en los diferentes sistemas jurídicos. Atendiendo a la valoración integral del hecho, es posible que cuando se trata de imponer una sanción en los casos de concurso ideal se imponga una pena mayor a la que cabe cuando se advierte una única infracción, sin que ello implique necesariamente una duplicación desproporcionada. Pero de todos modos es innegable que, en la medida que se afirme que allí también hay unidad de hecho, quedará prohibido perseguir las dos infracciones

En cambio, cuando se afirme que las acciones realizadas no quedan todas incluidas en el mismo tipo sino que se trata de una comisión reiterada del mismo delito (sea porque su redacción lo permite claramente o porque esa interpretación se impone de todos modos por otras razones), o cuando en una determinada figura los diferentes verbos típicos impliquen formas de realización típica perseguibles en forma acumulativa y, en general, en cualquier otro supuesto de concurso real, cabría en principio la sanción y la persecución múltiples.

e) Identidad de hechos en clave procesal

No obstante lo dicho, además de analizar cada caso bajo el filtro del derecho sustantivo, pueden plantearse todavía situaciones en las que, a partir de otras consideraciones, se vea igualmente limitada la posibilidad de múltiple persecución en principio permitida desde la perspectiva del concurso real de delitos. Es decir que las soluciones proporcionadas por el derecho sustantivo no bastan para detectar todos los supuestos de identidad de hecho en el sentido del *ne bis in idem*.

Por ejemplo, en el caso antes enunciado del sujeto que oprime el gatillo de su fusil automático y gira su cintura produciendo la muerte de tres personas, independientemente de que la interpretación del tipo penal de homicidio doloso admita tantas sanciones y tantos procesos como muertes se hayan producido, cabe pensar que en determinadas situaciones ciertos aspectos fácticos decididos en la primera sentencia ya no deberían ser discutidos en un proceso ulterior, o aún deberían bloquearlo. Si el primer proceso donde el sujeto fuera juzgado por dos de las muertes hubiera acabado en condena, o en absolución

en procesos distintos. Algunos autores plantean sin embargo que hay casos que constituyen una excepción a esto. Así por ejemplo ROXIN pone el ejemplo del derecho alemán de la pertenencia a una asociación criminal y los hechos cometidos en servicio a esa agrupación. El autor sostiene que, no obstante haber concurso ideal, estos últimos pueden considerarse autónomos si tienen una pena máxima más grave. Sin embargo el mismo autor reconoce que es discutido que ese sea un auténtico supuesto de concurso ideal. Véase ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* . . . , pág. 161.

porque las presuntas víctimas aparecieron vivas, la posibilidad de una persecución posterior por la muerte restante no parece tan problemática. Si, por el contrario, en ese primer proceso se hubiera establecido que era absolutamente errónea la acusación por ejemplo porque el imputado jamás pudo cometer el hecho por haber estado en otro país; ¿no debe acaso entenderse que su “no presencia” en el lugar es una cuestión ya decidida y que por ello no debe ser revisada en un proceso posterior, aunque se refiera a la muerte de una víctima distinta? Es decir que, aunque no haya un único hecho sino tres a los fines del tipo penal de homicidio doloso, puede haber datos fácticos relevantes e idénticos respecto de todos los homicidios. De este modo, lo decidido acerca de ellos en el primer proceso implicaría identidad de hechos en el sentido del *ne bis in idem*¹⁷⁶, y por tanto quedaría bloqueado definitivamente un proceso posterior en el que la imputación se pretenda asentar también sobre esas bases comunes.

Lo mismo cabría plantear ya sea que se trate de la aplicación reiterada del mismo tipo penal o de la aplicación de otro tipo distinto (por ejemplo homicidio y lesiones producidas a distintas víctimas con la misma descarga de fusil).

¹⁷⁶ Estrictamente hablando, se trataría en realidad de un problema de cosa juzgada. Conforme se verá luego con algo más de detalle en este mismo capítulo la cuestión puede ser conectada con la doctrina estadounidense del *collateral estoppel*, que precisamente opera como limitación fáctica adicional a la posibilidad de persecución penal múltiple. La idea es que, aún cuando se admitan procesos penales sucesivos por hechos ocurridos en un mismo contexto espacio-temporal, el *double jeopardy* impide que ciertos hechos probados esenciales para todas las imputaciones y ya decididos en el primer proceso puedan ser modificados en el segundo en perjuicio del imputado. Sobre ello véase *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970). Es cierto que desde una primera mirada no parecerían iguales los supuestos en que se afirma en el primer fallo que algo no ocurrió, o que ocurrió de determinada manera, que aquellos en los que la absolución se produce por dudas. Sin embargo, tal como surge del caso *Ashe*, no parece razonable permitir que la separación en procesos distintos de hechos conectados en el plano de su realización fáctica pueda ser instrumentalizada para fortalecer la posición de la acusación que no pudo probar su hipótesis en su primer intento.

Similar es la situación que se plantea en ciertos casos de imputación penal a un sujeto que se encuentra en el vértice de una estructura organizada de tipo vertical, o en un estamento superior. En tales casos puede ocurrir que una misma persona deba responder separadamente por diversos cursos lesivos, más o menos contemporáneos, vinculados todos ellos con un mismo defecto en su esfera de competencia. Supóngase que en una primera sentencia donde se le imputa el curso lesivo “A”, se entiende que no existió tal defecto y por lo tanto se lo absuelve. En cambio, al imputársele en un proceso posterior el curso lesivo “B”, se afirma que sí existió ese defecto y por lo tanto se lo condena, y así sucesivamente. Aunque el análisis desde la perspectiva del concurso de delitos permitiera afirmar que los diversos cursos lesivos concurren realmente entre sí (ello puede ser discutible según el delito de que se trate), la existencia o inexistencia del defecto concreto de organización es indudablemente un dato esencial común a todos los procesos. Es más, constituye lo único que conecta al imputado con los cursos lesivos producidos. Cabría por ello plantear que existe identidad de hechos a ese respecto. Parecería por el contrario inaceptable la coexistencia de resoluciones contradictorias sobre esa cuestión central para la concreta atribución de responsabilidad a dicho sujeto¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Bastante discutible en este sentido resulta la decisión en CSJN, caso *Videla*, sentencia de 21 de agosto de 2003, en *Fallos* 326:2805. Allí se entendió que, aunque el acusado hubiese sido absuelto previamente de dos hechos de sustracción de menores por cuanto no se había logrado probar que hubiese existido un plan sistemático del gobierno militar que él presidía para apropiarse de menores, lo cierto es que las sustracciones de otros menores distintos implicaban hechos distintos. Se toma lo del mentado “plan sistemático” como un mero criterio de atribución de autoría, que no constituye propiamente el “hecho” en el sentido del *ne bis in idem* o de la cosa juzgada. Ver en especial considerandos 13 a 15 del voto de los ministros Fayt y López, 7 a 9 del voto del ministro Petracchi, 12 a 16 del voto del ministro Boggiano, y 10 a 14 del voto del ministro Maqueda.

Es cierto también que tratándose de sucesos ocurridos en un contexto de violaciones masivas de derechos humanos, está presente en algunos ministros la idea de que en estos casos opera una suerte de excepción que limitaría el alcance del *ne bis in idem* y de la cosa juzgada. Ejemplo claro de esto último es el considerando 16 del voto del ministro Boggiano.

Otro grupo de casos donde parecería necesaria una limitación adicional a la que proporciona el análisis realizado desde el derecho sustantivo, es el que viene dado por las omisiones u errores en que pueda haber incurrido el tribunal en el primer proceso al valorar normativamente los hechos contenidos en la acusación. Piénsese, por ejemplo, en un caso donde se juzga a una persona que, según la acusación, integra una asociación ilícita dedicada al tráfico de armas, y además ha ingresado ilegalmente al país cierto armamento de guerra. El tribunal califica el hecho como contrabando de armas únicamente, omitiendo toda consideración acerca de la cuestión de la asociación ilícita. No cabría iniciar luego un nuevo proceso por la pertenencia a la asociación, con total independencia de que, conforme el ordenamiento jurídico de que se trate, exista o no un concurso real. Corresponde, de todos modos, hacer una aclaración. Se habla aquí de un supuesto en que el hecho no valorado jurídicamente en la primera sentencia integró de todos modos el primer proceso y fue tenido en cuenta como dato fáctico durante su desarrollo. Si se tratara de una conducta contemporánea pero a la vez separable (sobre la base de los criterios del concurso real) que de ningún modo fue o pudo ser conocida o tratada en el primer proceso, no habría obstáculos para la posterior persecución¹⁷⁸.

Considérese un ejemplo bastante similar pero expresado más en abstracto: Un tribunal, al momento de dictar sentencia en un caso penal, afirma que tiene por probados unos ciertos hechos. Además, afirma erróneamente que existe un concurso aparente entre los tipos penales aplicables, cuando en rigor se trata de un caso claro de concurso real. De este modo resuelve condenar al imputado por un solo delito, y la resolución queda firme. Un fiscal considera entonces que

¹⁷⁸ Se comparte aquí hasta cierto punto el planteamiento que ROXIN atribuye a HENKEL, según el cual no se ve afectada la cosa juzgada cuando el contenido esencial del injusto del hecho perseguido en el segundo proceso no pudo ser percibido por el tribunal del primer proceso, a pesar de haber cumplido escrupulosamente su deber de conocer. Pues no se trata de una posibilidad abstracta de establecer los hechos sino de la concreta posibilidad de determinarlos. Véase ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* . . . , pág. 438.

como la condena se refirió exclusivamente a cierto hecho delictivo, y no a los otros que eran en realidad escindibles, cabe realizar una nueva persecución respecto de los últimos. Sin embargo, no parece razonable que se acepte una segunda persecución sobre la base de la escindibilidad de los hechos, cargando sobre el acusado los errores que pueda haber cometido el Tribunal al realizar su calificación jurídica, o el fiscal al acusar. En todo caso, tales errores debieron resolverse dentro del mismo proceso.

En los grupos de casos enunciados en los últimos párrafos, para verificar la identidad de hechos a los fines del *ne bis in idem* en dos procesos penales sucesivos no alcanzan, como quedara dicho, las conclusiones a las que se haya llegado sobre la unidad o multiplicidad de hechos desde la perspectiva del derecho sustantivo. Hay que comparar además en su conjunto el objeto procesal del primer juicio y el del segundo, verificando en qué medida las coincidencias fácticas y normativas entre ambos procesos hacen necesario directamente clausurar el avance del segundo, o bien condicionar su objeto sobre la base de ciertas decisiones acerca de lo ocurrido tomadas en el primero, quedando prohibido modificarlas en perjuicio del imputado.

En este orden de ideas cabe considerar un concepto procesal de hecho que es solo parcialmente independiente del derecho sustantivo, y que describe fundamentalmente un acontecimiento histórico que conforma una cierta unidad de sentido y que es sometido a un tribunal a través de una acusación que lo señaló como ocurrido en un cierto momento y lugar¹⁷⁹. La identidad de hechos se verificará entonces si el objeto del segundo proceso es esencialmente idéntico en sus contenidos al del primero, sin perjuicio de que puedan existir variaciones accidentales¹⁸⁰.

¹⁷⁹ En similar sentido ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* . . . , pág. 160.

¹⁸⁰ En este sentido se comparte lo afirmado por la Corte Suprema Argentina en el fallo *Videla* antes citado. Allí, con cita a BELING se afirma que la “identidad de objeto se configura si la idea básica permanece en ambos procesos (. . .) aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodeen a ese comporta-

f) Identidad de hechos en síntesis

Como puede verse, la manera de establecer la identidad de hechos desde la lógica del *ne bis in idem* que aquí se propone implica una cierta subordinación a los criterios de unidad de realización típica emanados del derecho sustantivo (tales como los del concurso de leyes y de delitos), más un segundo control específicamente procesal para los casos de doble persecución. Se trata de tomar los criterios sustantivos como un primer filtro. Todo lo que el derecho penal señale como un hecho único podrá ser objeto sólo de un único proceso, y las consecuencias punitivas que en ese proceso se impongan deberán respetar también la prohibición de no sancionar dos veces por lo mismo. Luego, lo que desde el derecho sustantivo se señale como hechos escindibles (concurso real) podrá en principio ser objeto tanto de un único proceso, como de procesos sucesivos. Pero en caso de que se trate de procesos sucesivos, habrá que verificar:

- a) Que el primer proceso no haya abarcado también esos hechos separables. Ya sea porque efectivamente fueron considerados en algún momento de su desarrollo o porque podían serlo fácilmente y la omisión de hacerlo es imputable a los órganos competentes del Estado.
- b) Que las decisiones tomadas en el primer proceso no se hayan referido también a elementos fácticos comunes y esenciales a todos los hechos separables. Si así fuera, podría afirmarse también la identidad de hechos respecto de esos elementos, al solo efecto de que no se vean modificados en perjuicio del acusado. Ello conducirá en algunos casos a prohibir el proceso ulterior y en otros a condicionar su desarrollo.

Todo el planteamiento aquí esbozado sobre la identidad de hecho podría ser objetado del siguiente modo: Si el *ne bis in idem* es precisamente la norma superior que fundamenta que en el derecho

miento esencial.” La transcripción corresponde al considerando 9 de los ministros Fayt y López.

sustantivo y procesal se distingan los múltiples casos de unidad y pluralidad de hechos y se los trate de manera diferenciada, ¿no debería ser a partir de la prohibición que se pre-determine lo que es identidad de hechos para luego trasladar esas soluciones al derecho sustantivo y al derecho procesal¹⁸¹?

Sin embargo, desde la perspectiva de la que aquí se parte, en la medida que la distinción entre hechos idénticos - hechos distintos a la que hace referencia el *ne bis in idem* está necesariamente condicionada por la comprensión de los datos fácticos a partir del tipo penal, resulta indispensable el auxilio del derecho sustantivo para definir bien esa identidad de hechos¹⁸². Hay pues una suerte de vinculación recí-

¹⁸¹ De esta objeción en relación con el problema del concurso de delitos se ha hecho cargo ya GARCÍA ALBERO, quien señala que ese camino fue intentado sin éxito en su momento por la doctrina italiana, a partir de una visión naturalista del concepto de hecho y tomando en consideración el origen procesal de la prohibición de *bis in idem*. Véase GARCÍA ALBERO, Ramón, ob. cit. págs. 35 y siguientes.

¹⁸² Es importante destacar de todos modos, que al sostener aquí que la determinación de la identidad (unidad - pluralidad) de hechos venga condicionada por el tipo penal, no implica necesariamente afirmar al mismo tiempo que esa referencia al tipo sea ya determinante para establecer el concepto jurídico penal de acción. Al menos no lo es en todos sus sentidos. Como bien señala SILVA SÁNCHEZ, el concepto de acción tiene una acepción alusiva al “carácter de acción”, y determina de entre el conjunto de sucesos cuáles tienen sentido, y tiene otra acepción alusiva al “contenido de acción” que refiere más al debate sobre el contenido concreto del injusto. En su primera acepción, el concepto de acción no es disponible por el legislador, y en la medida en que el Derecho Penal se entienda como un sistema de directivas de conducta, el hecho capaz de sentido será una acción humana realizada por un sujeto con autoconciencia y libertad. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Normas y Acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, págs. 43 a 66. Ahora bien, cuando se trata de la atribución de un sentido concreto a un hecho desde la perspectiva del Derecho Penal, la tipicidad tiene una relevancia fundamental (*idem.*, en concreto pág. 58). La decisión de si se está ante uno o más hechos desde la perspectiva del *ne bis in idem* se da ya en este segundo plano de la significación concreta del hecho penal. Se trata en definitiva de establecer si un cierto acontecimiento, que ya se entendió como una expresión de sentido de una persona humana susceptible de ser alcanzada por el derecho penal, significa concretamente una o más realizaciones típicas. La misma formulación del *ne bis in idem* como prohibición de ser castigado o perseguido “dos veces” presupone que se está analizando una conducta que tiene al menos “un” sentido jurídico penal concreto.

proca entre la prohibición constitucional de *bis in idem* y las concreciones de ella en el Derecho Penal, que tienen que ver además con una concreta evolución histórica. El Derecho Penal continental se ha desarrollado mucho en dirección a establecer dónde y en que casos hay un hecho penal único. Siendo ello así, la reflexión constitucional sobre *ne bis in idem* puede tomar perfectamente las soluciones alcanzadas y proyectarlas también hacia otras concreciones de la prohibición en el ámbito procesal. Sería por el contrario inaceptable una comprensión completamente disímil de la identidad de hechos en el plano sustantivo y procesal, cuando prácticamente no se discute actualmente que la prohibición constitucional de *bis in idem* es en última instancia el fundamento tanto del diferente tratamiento que reciben los casos de unidad y pluralidad delictiva en el derecho de fondo, como de los supuestos de exposición a doble riesgo y cosa juzgada en el derecho de forma.

Al mismo tiempo es cierto que no son pocos los autores que sostienen la independencia de la identidad de hechos en el sentido del *ne bis in idem*, respecto de las caracterizaciones de unidad de hecho del derecho sustantivo, en función de algunos problemas específicos que se plantean en materia procesal¹⁸³. Sin embargo, la posición asumida en este trabajo implica, como ya quedó de manifiesto, tomar la unidad típica de hecho del derecho sustantivo sólo como un primer filtro. Para los casos de doble proceso existen filtros ulteriores que afinan más aún el alcance procesal de la unidad de hecho. Tales controles ulteriores no contradicen las soluciones del Derecho Penal sino que

De manera similar, ya WELZEL sostenía que los factores que determinan la unidad de la conducta son el factor final, es decir que haya una única voluntad final, y el factor normativo, es decir el enjuiciamiento jurídico-social a través de los tipos penales (WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición Castellana, Chile, 1997, págs. 265 y 266). Véase también PESSOA, Nelson R. , *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 54 y 55, donde el autor señala que en el concepto de “hecho”, a los fines del concurso, se conjugan la acción y los tipos penales, pero estos últimos (factor normativo) tienen el papel central.

¹⁸³ Así por ejemplo ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* . . . , pág. 161.

simplemente las complementan adaptándolas a circunstancias diferentes¹⁸⁴.

Por otra parte, es cierto que allí donde no hay un Derecho Penal suficientemente desarrollado que se haya orientado a la búsqueda precisa de los criterios de unidad e identidad de hecho, la reflexión constitucional sobre los alcances del *ne bis in idem* ha asumido por sí misma la tarea. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en los Estados Unidos con los antes mencionados tests sobre *double jeopardy* que operan en el ámbito procesal pero también como una suerte de sucedáneo del concurso de leyes y de delitos. Sin embargo, la falta de un desarrollo de la cuestión en el ámbito propio del Derecho Penal puede explicar también que las distinciones realizadas sean más pobres y que las soluciones alcanzadas resulten también muy discutibles en su operatividad concreta¹⁸⁵.

El abordaje elegido aquí ha sido entonces, destacar la relevancia de los criterios de unidad típica de hecho del derecho sustantivo, y plantear la necesidad de una coherencia integral entre las posiciones asumidas en ese ámbito y la afirmación o negación de la identidad de hecho en otros ámbitos de aplicación del *ne bis in idem*.

¹⁸⁴ En la doctrina argentina MAIER también parte de la consideración de la unidad de hecho en el sentido del derecho sustantivo, para luego aplicar un criterio procesal adicional (véase MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* . . . , págs. 612 y 613, 618 y 619).

¹⁸⁵ En efecto, al explicar esos test se hicieron varias referencias en nota a la manera hiper-naturalista en que la jurisprudencia estadounidense entiende la pluralidad de realizaciones típicas, y la consecuente multiplicación de sanciones.

En este sentido ha dicho VIVES ANTÓN: “La jurisprudencia norteamericana, aunque no es, en la solución de este problema, ajena a consideraciones valorativas, no conoce la diferencia entre concurso de Leyes y concurso de delitos (. . .). Esa carencia le lleva, en ocasiones, a vacilar acerca de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la garantía (. . .) la insuficiente elaboración de la dogmática del Derecho Penal material – incluso en un plano que afecta genéricamente al problema de las fuentes – se cobra aquí un precio de inseguridad nada desdeñable.” Véase VIVES ANTÓN, Tomás S., “Ne bis in idem procesal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo sobre los principios del proceso penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 16.

Por último, es importante destacar que si bien aquí se sugiere establecer la identidad de hechos a los fines del *ne bis in idem* tomando en cuenta la unidad de hecho conforme los diversos supuestos del derecho sustantivo, no se expresa una toma de posición respecto de todos y cada uno de los problemas que esta última determinación plantea en el Derecho Penal, más allá de algunos de los ejemplos enunciados. Hacerlo excedería con mucho los fines de este trabajo, dada la enorme cantidad de planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales que sobre dichos problemas existen.

Si la gran ventaja del estado actual del desarrollo de tales cuestiones en el derecho continental es una detección afinada y relativamente bien estructurada del amplio espectro de problemas existentes, y un bien provisto arsenal jurisprudencial y doctrinario de propuestas de solución, al mismo tiempo ello supone una gran dificultad práctica: La imposibilidad de abarcar todas las explicaciones en principio pertinentes en una breve introducción a los presupuestos de la prohibición de *bis in idem* orientada a facilitar luego el análisis de su funcionamiento en diversos ordenamientos del Derecho Internacional.

3) IDENTIDAD DE FUNDAMENTOS

La tercera exigencia para que se pueda afirmar la existencia de un *bis in idem*, es la identidad de fundamentos entre la primera y la segunda sanción, o entre la primera y la segunda persecución. Esta identidad de fundamentos reclama una cierta homogeneidad de sentido entre la sanción que se pretende imponer por segunda vez, o entre el proceso que se sigue con el fin de imponerla, con la primera sanción y el primer procedimiento. Se trata de una identidad sustancial o básica entre la respuesta sancionatoria anterior y la posterior¹⁸⁶. Sin embargo hay que empezar por reconocer que no se trata de un elemento

¹⁸⁶ Véase PÉREZ MANZANO, ob. cit. pág. 114.

unánimemente tenido en cuenta como presupuesto del *ne bis in idem*¹⁸⁷.

En rigor, requerir la identidad de fundamentos para afirmar el *ne bis in idem* es afirmar que hay casos en que un único hecho atribuido a una misma persona amerita de todos modos una segunda persecución y sanción a partir de una cierta consideración normativa adicional. Es cierto que esta referencia a las normas puede generar dudas sobre si esta exigencia es realmente autónoma respecto de una identidad de hechos entendida también normativamente¹⁸⁸. Sin embargo, la perspectiva normativa propia de la identidad de fundamentos no mira tanto al acontecimiento histórico, y en qué medida este debe ser considerado como unidad o como pluralidad, sino (de manera más general) a las razones que fundamentan cada una de las sanciones que se quieren imponer y los procedimientos para imponerlas. Si estas razones fueran esencialmente diferentes, cabría en principio la doble persecución. La autonomía de la identidad de fundamentos implica que no obstante afirmarse la identidad de sujetos y la identidad de hechos, de todos modos cabe una segunda persecución y/o sanción por cuanto el sentido de la punición en cada caso es absolutamente distinto. Es decir que, en las repetidas persecuciones y/o sanciones por el mismo hecho y contra el mismo sujeto, el Estado que llevó adelante los procedimientos necesitaba comunicar cada vez algo diferente.

a) Identidad de fundamento y *causa petendi*

Tal como pudo verse en la parte histórica, el desarrollo de los antecedentes del *ne bis in idem* en el derecho romano se hablaba de identidad de causa como una exigencia. Es cierto que la voz “causa”

¹⁸⁷ En general los textos legales nacionales e internacionales donde se consagra la garantía hacen referencia a que una misma persona no puede ser castigada o perseguida dos veces por el mismo hecho o delito. La cuestión de la identidad de fundamento no aparece explícitamente.

¹⁸⁸ En este sentido es interesante constatar que precisamente en los sistemas donde se exige identidad de “delitos”, y no de identidad de “hechos” para que opere la prohibición, no se suele teorizar sobre la identidad de fundamentos.

no tenía siempre los mismos alcances. En relación con la concurrencia de acciones, la palabra se utilizaba en un sentido genérico, y no como un presupuesto específico de la prohibición¹⁸⁹. En cambio, en relación con la cosa juzgada, en el derecho romano se requería, además la identidad de personas y de objeto del proceso (el hecho), la identidad de la causa próxima de la acción, o de la causa del pedir (*eadem causa petendi*)¹⁹⁰.

Esta idea de identidad de causa sigue presente en algunas manifestaciones actuales del *ne bis in idem*, y no es extraño verla plasmada tanto en doctrina como en jurisprudencia¹⁹¹. Así la Corte Suprema argentina, en el caso *Videla*, ha hecho referencia expresa a la *causa petendi* como exigencia para la configuración de un *bis in idem*, y si bien no desarrolló su contenido y alcance, la definió someramente como identidad de la causa de la persecución¹⁹². Eso la acerca hasta cierto punto a una idea actual de identidad de fundamento, pues no se trata ya de las razones que motivan la pretensión de una parte en el proceso, sino más bien de las razones que motivan un nuevo ejercicio de la potestad penal del Estado.

Sin embargo, hablar en esos términos no parece del todo adecuado en la actualidad. Como se verá seguidamente con más detalle, más allá de que se pueda constatar que el Estado efectivamente esta-

¹⁸⁹ Así en el Digesto se lee: “Cuando concurren varias acciones por la misma causa, se debe ejercitar sólo una de ellas.” D. 50, 17, fragmento 43, parr. 1.

¹⁹⁰ En este sentido más preciso considérese el siguiente fragmento: “Cuando se discute sobre la identidad de un litigio, deben tomarse en consideración: las personas, el objeto del litigio y la causa próxima de la acción (. . .)”. D. 44, 2, fragmento 27.

¹⁹¹ En una posición interesante dentro de la doctrina argentina, MAIER hace referencia a la *causa petendi*, pero no la toma tanto como una identidad autónoma, requerida para la aplicación del *ne bis in idem*, sino más bien como expresión que engloba actualmente ciertas excepciones a la prohibición (véase MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal* . . . , págs. 623 a 631). Con lo cual en última instancia podría decirse que este autor sólo considera a la identidad de hechos y de sujetos como los únicos presupuestos del *ne bis in idem*.

¹⁹² CSJN, caso *Videla*, sentencia de 21 de agosto de 2003, en *Fallos* 326:2805, considerando 8 del voto de los ministros Fayt y López.

blece y regula diversas pretensiones sancionatorias a propósito de un único hecho, con ello queda únicamente de manifiesto su voluntad de hacerlo, pero no si tal proceder es legítimo. El *ne bis in idem*, en tanto norma de raigambre constitucional, no puede quedar subordinado a cualquier manifestación de la voluntad estatal de imponer sanciones diversas si es que la prohibición ha de tener alguna eficacia limitadora.

Una concepción actual del *ne bis in idem* establecido entonces como prohibición constitucional impone que el Estado, al articular en su ordenamiento pretensiones sancionatorias diversas respecto de un mismo hecho, justifique esa multiplicidad sobre la base de fundamentos esencialmente distintos en cada caso¹⁹³.

De manera similar a lo que ocurre con la identidad de hechos, la determinación exacta de cuándo se da la mentada identidad de fundamentos no es tampoco tarea sencilla¹⁹⁴. Corresponde entonces analizar las posibles formas de entenderla.

b) Identidad de fundamento y bien jurídico

Una de las vías posibles es tomar en consideración el bien jurídico protegido. En efecto, en la medida que se afirme que todas las manifestaciones de la potestad sancionadora estatal tienden a la protección de bienes jurídicos, la diversidad de bienes tutelados podría implicar la existencia de fundamentos diferentes.

¹⁹³ En similar sentido véase PÉREZ MANZANO, ob. cit., págs. 115 y 116. Para esta autora una consideración material del *ne bis in idem* impide ya hablar de *causa petendi*, pues este último giro tiene una connotación exclusivamente procesal.

¹⁹⁴ Algunos consideran que la identidad de fundamentos es el elemento más problemático y decisivo de los que integran la fórmula de triple identidad como presupuesto del *ne bis in idem*. Véase BENLOCH PETIT, GUILLERMO. “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario”. *Revista del Poder Judicial*, n° 51. Tercer trimestre Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, acápite III, 2, a).

Esta es la vía que en general ha seguido el Tribunal Constitucional Español¹⁹⁵. De las varias resoluciones donde dicho Tribunal hizo referencia a la cuestión, se puede ejemplificar con la sentencia 180/2004. Era este un caso donde se discutía la situación de un funcionario policial condenado por un delito, al que luego se le impuso una sanción disciplinaria por la infracción consistente en haber sido previamente condenado en sede penal. Allí el Tribunal utilizó primero en términos generales el giro: “fundamento o interés jurídico a proteger”, para luego analizar en concreto si existía o no diferencia de fundamentos en el plano de los bienes jurídicos tutelados en uno y otro caso. Así, llegó a afirmar lo siguiente:

“La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio *ne bis in idem*¹⁹⁶.”

No parece del todo exacto reducir el análisis de la identidad de fundamentos a la identidad de bienes jurídicos protegidos. Hay casos en que delitos que concurren idealmente entre sí tutelan bienes jurídicos distintos. En esos supuestos la pluralidad de bienes no se traduce necesariamente en la necesidad de una intervención sancionadora múltiple por falta de identidad de fundamentos.

Hay otros casos, como se vio al analizar la identidad de hechos, en que el ataque a bienes distintos (o a bienes idénticos pero de víctimas diferentes) implica una valoración tan diversa del acontecimiento histórico sometido a proceso que no es posible afirmar que se está realmente ante un hecho “único”. Siendo ello así, resultaría super-

¹⁹⁵ Para un análisis de la evolución del Tribunal Constitucional en este punto véase PÉREZ MANZANO, ob. cit., págs. 116 a 124. También en DE LEÓN VILLALBA, ob. cit., págs. 488 a 498.

¹⁹⁶ STC, sentencia 180/2004, de 2 de noviembre de 2004. Ambas citas corresponden al Fundamento Jurídico 6.

fluo discutir también la cuestión desde la perspectiva de la identidad de fundamentos¹⁹⁷.

Al mismo tiempo, puede ser que frente al mismo hecho lesivo de un único bien, haya que responder de todos modos mediante consecuencias sancionatorias diferenciadas, pues ellas constituyen formas de tutela planteadas desde perspectivas distintas pero igualmente necesarias. De este modo ambas sanciones podrían ser formas legitimadas de injerencia estatal. Considérese por ejemplo la inhabilitación para el ejercicio de una actividad como la conducción de automotores. Ella constituye sin dudas una respuesta sancionadora que limita derechos, y que está muchas veces (por supuesto no siempre) asociada con la tutela de exactamente los mismos bienes jurídicos que se buscan proteger mediante la imposición de otras sanciones como podría ser la pena privativa de libertad o una multa. La posibilidad de que se impongan ambas, ya sea de manera conjunta o aún separadas (en el caso de que la inhabilitación no estuviera prevista ya en la ley penal) no parece implicar *bis in idem* en tanto se trata de formas totalmente diferentes de tutela de los bienes jurídicos lesionados por el delito¹⁹⁸. Es

¹⁹⁷ Así por ejemplo, el caso propuesto en el punto previo acerca de las tres muertes producidas mediante una única explosión.

Además en la discusión concreta sobre si ciertos tipos penales concurren real o idealmente, o si tan solo hay un concurso de leyes, muchas veces la referencia al bien jurídico aparece como un elemento decisivo para definir la cuestión. Por ejemplo en el derecho argentino, a la hora de discernir cómo concurren las falsedades documentales con la estafa cometida mediante documento falso, buena parte de la doctrina ha trazado tradicionalmente una distinción según la falsedad haya recaído sobre un instrumento público o un instrumento privado, entendiéndose que si se trata de instrumento público, la especificidad del ataque al bien “fe pública” amerita que se afirme el concurso real, mientras que la solución en el caso del instrumento privado es diferente. Por todos véase SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, 4ta. edición actualizada por Manuel A. Bayala Basombrío, TEA, Buenos Aires, 1988, págs. 470 y 471.

¹⁹⁸ En similar sentido LESCH, mediante el ejemplo del automovilista responsable de un accidente vial al que se le retira el permiso de conducir y además se le impone una pena, señala con claridad que una cosa es la regulación de orden público orientada a la defensa ante peligros, y otra muy distinta la respuesta específicamente penal. Ya sea que se impongan separadamente, o de manera conjunta por el juez pe-

decir que cabe pensar en supuestos en los que falte la identidad de fundamentos sin que haya necesariamente diversidad de bienes jurídicos protegidos.

c) La identidad de fundamentos y los fines de la respuesta sancionadora

A partir de lo expuesto es posible sostener que la identidad de fundamentos, o la falta de ella, puede ser vinculada más bien con la persecución de fines legítimos de tutela diversos por parte del Estado al duplicar la respuesta punitiva contra una misma persona por los

nal (para este autor esto último no es más que una cuestión de economía procesal que no modifica en nada el diferente fundamento de ambas sanciones). Véase LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, Universidad Externado de Colombia, 1999, págs. 11 a 17. De todos modos conviene tener en cuenta que para este autor, desde su perspectiva funcionalista sistémica, la sanción específicamente penal no tiende a la protección de bienes jurídicos sino a reafirmar la vigencia de la norma. Con lo cual la diferencia de fundamento entre la inhabilitación y las “auténticas” penas sería para él más radical aún.

Por otra parte, más allá de la relación entre las inhabilitaciones por un lado y las demás sanciones por otro, cuando se trata de la imposición de multas y privaciones de libertad frente al mismo hecho parece más difícil negar la identidad de fundamentos. En el caso de que se trate de pena conjunta prevista por el propio legislador penal y a imponer en un proceso penal único, cabría todavía argumentar que no hay un problema de *bis in idem*, por cuanto la necesidad de pena en ese caso resulta difícil de independizar de la valoración expresada por quien está democráticamente legitimado para realizarla. En ese contexto el límite constitucional está dado directamente desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena, en el sentido de evitar castigos excesivos, crueles inhumanos o degradantes en relación con la culpabilidad del autor. Si bien la prohibición de doble sanción también se vincula en última instancia con la proporcionalidad de la pena (como se verá luego en el capítulo III al analizar los fundamentos del *ne bis in idem* sustantivo en el punto B.1., en el contexto de la pena conjunta prevista en la misma norma penal e impuesta en el mismo proceso más que ante una doble sanción estaríamos ante una única respuesta punitiva que limita diversos derechos.

Si se tratase en cambio de multa más prisión en procedimientos separados en virtud de normas sancionatorias diferentes, o bien de dos multas o dos penas privativas de libertad, sí se podría hablar de duplicación de sanciones con identidad de fundamentos, y entonces la objeción de *bis in idem* parece más plausible.



mismos hechos. Ello puede estar dado a veces por la diversidad de bienes protegidos pero también por el modo de tutelarlos.

En este sentido, la primera pregunta que corresponde hacer para establecer en un caso dado si hay o no identidad de fundamentos que justifiquen una reiteración de la intervención sancionadora es la siguiente:

¿Persigue en este caso el Estado fines siempre fines legítimos de tutela diversos al intentar imponer más de una sanción o al perseguir más de una vez a una misma persona por unos mismos hechos? Si la respuesta es que efectivamente persigue fines legítimos la siguiente pregunta relevante desde la perspectiva del *ne bis in idem* es:

¿Resulta necesario para el logro de esos fines imponer consecuencias distintas? Podría ser que la sanción penal satisfaga ya toda necesidad de respuesta. En tal caso, ninguna restricción ulterior de derechos innecesaria puede ser legitimada por la sola existencia de un fin legítimo en abstracto. En cambio, si resultasen necesarias las consecuencias diversas podría sostenerse entonces que cada una de las finalidades legítimas perseguidas sirve de fundamento autónomo a las distintas consecuencias sancionatorias impuestas.

Por último cabría preguntarse si la duplicación de sanciones conlleva en el caso concreto un incremento tan relevante de los males que debe soportar la persona que ello implicaría un trato incompatible con el respeto de su dignidad¹⁹⁹.

¹⁹⁹ En relación con esta cuestión BENLLOCH PETIT (ob. cit., apartado III, 2, a) ha objetado que la falta de identidad de fundamentos pueda ser equiparada a persecución de fines diferentes, porque con solo ello la persona podría ser castigada dos veces sin tomar en consideración si hay injustos separables, siendo así instrumentalizada por el Estado en desmedro de su dignidad. La crítica es solo parcialmente pertinente. En la medida en que solo se afirme la existencia de finalidades diversas sin una posterior constatación en concreto de la necesidad de la duplicación de sanciones podría haber una instrumentalización. Pero si se sigue con un análisis completo del modo sugerido en el texto (verificar la necesidad en concreto y la intensidad de la afectación), la persona queda suficientemente salvaguardada.

Por lo demás, este autor ejemplifica su crítica diciendo que si se estuviera a las finalidades diferentes no cabría computar el tiempo en prisión preventiva restán-

En principio el juez penal, mediante la condena que impone a una persona, no hace todas las manifestaciones declarativas ni impone todas las limitaciones de derechos que estime necesarias para dar adecuada satisfacción a todos los fines legítimos que en abstracto quepa imaginar en vinculación con el suceso histórico sometido a su jurisdicción. Más bien está obligado por el principio de legalidad a imponer solamente las consecuencias jurídicas previstas en la ley penal. Sin embargo esto no quita que, como la sanción penal es la más grave del ordenamiento jurídico, seguramente quepa atribuirle el sentido de una respuesta integral a un buen número de finalidades legítimas que el Estado podría perseguir mediante la imposición de sanciones diversas a una misma persona por un cierto hecho. En la medida que ello sea así, la imposición de esas otras sanciones, aún cuando estuvieran legalmente previstas, resultará innecesaria y por ello injustificada, es decir contraria al *ne bis in idem*. Esta conclusión surge con solo analizar la prohibición a la luz de la reflexión contemporánea sobre los criterios de proporcionalidad para delimitar válidamente derechos de la persona ya sea por razones que hacen al bien común como para la tutela de derechos de terceros²⁰⁰.

En definitiva, sólo faltará la identidad de fundamentos si, como consecuencia de un único hecho realizado por un mismo sujeto, el Estado se ve obligado a responder mediante procesos y sanciones separados para realizar fines legítimos, en tanto para la adecuada consecución de esos fines resulte indispensable una respuesta sancionadora distinta. En tal caso quedaría justificada la imposición de sanciones

dolo de la pena luego impuesta, ya que la prisión preventiva y la pena cumplen finalidades diferentes: la primera de aseguramiento, la segunda de prevención. El ejemplo tampoco es pertinente, ya que la finalidad de la prisión preventiva es asegurar los fines del proceso: entre ellos la actuación del derecho penal sustantivo. Es decir que se trata de fines diferentes pero relacionados. La prisión preventiva está tan conectada con la pena como cualquier medida cautelar (tanto en procesos penales como civiles) con el monto de la condena que finalmente se imponga.

²⁰⁰ Por todos véase CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, en especial págs. 61 a 110.

diversas, siempre y cuando la afectación que todas ellas producen en conjunto no implique el menoscabo del contenido esencial de un derecho, o un trato incompatible con el respeto de la dignidad de la persona.

Ahora bien, aunque se estime que procede la imposición de sanciones diversas, todavía se podría argumentar que el segundo procedimiento no está legitimado, pues si está al alcance del juez penal ser él quien imponga las diferentes respuestas sancionadoras requeridas, lo que dejaría de ser necesario es someter al imputado a un segundo procedimiento. Sin embargo desde la perspectiva del *ne bis in idem* hay que tener en cuenta dos cosas:

Primero, hay que verificar en qué medida los diferentes procedimientos son equiparables respecto de los riesgos que conllevan para el imputado. Esto se conecta con los fundamentos de la prohibición de doble persecución que serán luego analizados²⁰¹. Pero de todos modos cabe anticipar ahora que si la repetición de procesos no implica una duplicación intolerable de males (en la medida que se busque la imposición de sanciones diferentes el riesgo específico de condena tampoco parece ser el mismo) no necesariamente cabe objetar su realización. Más aún, la realización separada de procesos sancionadores podría llegar a significar para el imputado contar con más oportunidades para defenderse de las que tendría si se le impusieran automáticamente todas las consecuencias sancionatorias en un único proceso.

En segundo lugar, parece excesivo pretender que el juez penal deba, mediante el proceso que lleva adelante contra una persona, tomar en consideración todos y cada uno de los fines legítimos que el Estado pueda eventualmente perseguir ante cierta conducta de un sujeto, verificando si ella es antijurídica desde la perspectiva de todo el ordenamiento. Antes bien, el juez penal está obligado a centrarse únicamente en la o en las hipótesis antijurídicas estrictamente penales. Puede ocurrir que en ese análisis estime que la sanción estrictamente penal no era necesaria, pero ello no quita que pueda serlo una sanción

²⁰¹ En el capítulo III, puntos A.2., A.3., y B.2.

de otra índole que ese mismo juez (por el principio de legalidad) no está habilitado a imponer. O bien puede entender que no se daban en el caso los requisitos y presupuestos necesarios para la específica intervención del Derecho Penal, pero ello no implica que falten los que legitiman una intervención sancionadora de otro tipo. Más aún, podría inclusive darse el caso de que la duplicación de procesos sea necesaria para comunicar separadamente el rechazo a la conducta del autor desde dos sectores distintos del ordenamiento jurídico, aunque la sanción menor quede luego absorbida por la mayor, y por lo tanto ni siquiera haya una auténtica duplicación de castigos.

En síntesis, cabe también pensar en supuestos en los que la multiplicación de procesos resulte necesaria para la consecución de fines legítimos, e inocua porque la realización de todos ellos no implica un trato incompatible con el respeto de la dignidad del imputado. En tales casos podría entonces sostenerse la legitimidad de la doble persecución por falta de identidad de fundamentos.

d) Identidad de fundamentos, sanción penal y sanción administrativa

Las reflexiones anteriores ponen de manifiesto que uno de los problemas principales vinculados con la identidad de fundamentos es la cuestión de si cabe la extensión de la prohibición de *bis in idem* al ámbito administrativo sancionador y al ámbito de las sanciones disciplinarias. En realidad los problemas ínsitos en esta cuestión son dos: 1) Por un lado, (y no tan directamente vinculado con la identidad de fundamentos sino más bien al sentido y razón de ser de la prohibición de *bis in idem*) si corresponde extender una prohibición generalmente vinculada al derecho penal *stricto sensu*, a otros ámbitos del poder sancionador del Estado. 2) Por otro lado, el segundo problema es si resulta legítimo perseguir a un mismo sujeto a fin de imponerle por los mismos hechos sanciones penales y administrativas, penales y disciplinarias o administrativas y disciplinarias. Aquí la cuestión de la identidad de fundamentos aparece de manera patente.

En relación con el primer problema, en la medida que los textos constitucionales o los tratados de Derechos Humanos extiendan expresamente la prohibición de *bis in idem* al ámbito administrativo el tema solo podrá ser objeto de planteamientos *de lege ferenda*. De todos modos la cuestión sigue siendo problemática en varios sistemas jurídicos pues no suelen abundar las disposiciones expresas de ese tenor ni en las constituciones ni en los instrumentos internacionales actualmente vigentes, aunque los tribunales hayan avanzado en general en dirección a extender las salvaguardas penales, incluido el *ne bis in idem*²⁰².

En contra de la aplicación de la prohibición de *bis in idem* al derecho administrativo se podría argumentar que las consecuencias en principio más gravosas del derecho penal y del proceso penal justificarían que la persona disponga allí de mayores salvaguardas que la tutelen, y por ello encontraría únicamente allí sentido la prohibición de someter a la persona en forma reiterada a los males de la pena y a los males del proceso. Sin embargo este argumento es objetable pues ciertas sanciones administrativas tienen en algunos casos una gravedad mayor inclusive que ciertas sanciones penales, o al menos muy significativa en si misma como para justificar también una protección especial.

Por otra parte, si bien es cierto que la persecución penal es en general más gravosa para el imputado y requiere por ello de sofisticados mecanismos de tutela, también lo es que la persecución en el ámbito administrativo sancionador, por cuanto se dirige a dar respuesta a formas menos graves de ilicitud, aparece dotada de una menor capacidad de legitimar la limitación de derechos. Podría darse así una suerte de compensación que lleve en ambos casos a considerar estándares comunes de protección de la persona.

Por último, aunque se asuma una posición contraria en general a la traslación de las salvaguardas penales al ámbito administrativo, no

²⁰² En relación con los órganos de Derechos Humanos esta cuestión será objeto de tratamiento en los capítulos siguientes. Véase en efecto capítulo IV., punto B.4., capítulo V, punto A.4., y capítulo VI, punto A.4.

se puede negar que la prohibición de sancionar dos veces tiene la particularidad de estar conectada con una exigencia más genérica de justicia válida para cualquier rama del Derecho. Como se vio en la parte histórica, ya los romanos decían: “*Bona fides non patitur ut bis idem exigatur*”²⁰³, y ello es así tanto para imponer una pena como para cobrar una deuda. En definitiva, es posible entender que aún cuando en materia administrativa y disciplinaria las consecuencias puedan ser en general menos graves, no cabe tolerar una reiteración de los intentos de castigo pues ello constituiría de todos modos un trato injusto del Estado para con la persona que debe soportarlos²⁰⁴.

En relación con el segundo problema, si se acepta previamente que el *ne bis in idem* opera también en el ámbito administrativo sancionador, habría que verificar también si la persecución repetida de la persona con la finalidad de imponerle por los mismos hechos y acumulativamente una sanción penal y otra administrativa implica o no una vulneración del *ne bis in idem*. En efecto, se podría sostener que la operatividad de la garantía en esos ámbitos distintos, se limita a una consideración interna a ellos mismos, y no implica que necesariamente se prohíba imponer una pena más una sanción administrativa o disciplinaria²⁰⁵. La toma de posición frente a este problema supone la

²⁰³ Como se explicó en el capítulo I, se trata de un párrafo del Digesto atribuido a GAYO: D.50,17, fragmento 57.

²⁰⁴ Es interesante constatar que la operatividad de la prohibición constitucional de *bis in idem* dentro del ámbito administrativo sancionador ha sido afirmada por la Corte Suprema Argentina. Así por ejemplo en CSJN, caso *Moño Azul*, sentencia de 15 de abril de 1993, en *Fallos* 316:687. Allí si bien no se detectó una vulneración de la prohibición, se tomó la cuestión como un agravio plausible en el ámbito de las infracciones tributarias previstas en Ley 11.683 que mereció la discusión de la mayoría. Aún en los dos votos en disidencia que declaran inadmisibles y mal concedido el recurso, no se discute la vigencia de la prohibición en ese ámbito.

²⁰⁵ Así por ejemplo CSJN, caso *Martínez de Perón*, sentencia de 8 de abril de 1980, en *Fallos* 302:210, donde se convalidó la doble persecución penal de la imputada en razón de delitos del Código Penal cuando había sido previamente sancionada por en relación con los mismos hechos en virtud del “Acta para considerar la conducta de aquellas personas responsables de ocasionar perjuicios a los intereses superiores de la Nación” del 18 de junio de 1976, dictada por el gobierno militar de aquel entonces. En esa oportunidad la Corte sostuvo que “[E]l distinto rango que (. .

.) les corresponda ocupar a los dos ordenamientos que, eventualmente pueden aprehender diversos aspectos de la conducta de la procesada, de ningún modo implica que la aplicación del de superior jerarquía (. . .) conlleve el aniquilamiento, en este punto, del otro” (véase considerando 4°). También se dijo que “dentro del sistema establecido en el Código Penal de la Nación (. . .) los hechos antijurídicos y las consiguientes culpabilidades se encuentran rigurosamente catalogados (. . .). Las ilicitudes de otra naturaleza quedan fuera de sus previsiones” (considerando 5°). Se convalidó en definitiva la doble persecución entendiéndose que se trataba de “distinta materia” (considerando 6°).

Sin embargo la posición del Tribunal en relación con la sanción administrativa y la sanción penal es algo diferente. Un buen ejemplo de esa evolución aparece en CSJN, caso *De la Rosa Vallejos*, sentencia de 10 de marzo de 1983, en *Fallos* 305:246. Allí la Corte comenzó por resumir con claridad su jurisprudencia anterior en materia aduanera, en la que aceptaba la posibilidad de doble sanción de una misma conducta como delito y como infracción de contrabando, por considerar que los ámbitos penal y administrativo eran materias diferentes, con principios diferentes sobre responsabilidad por el hecho. Sin embargo, aún cuando la ley establecía que la autoridad administrativa podía sancionar “independientemente de la sentencia que recaiga en la causa criminal”, la Corte negaba de todos modos la posibilidad de ulterior persecución por infracción de contrabando al imputado absuelto en razón de inexistencia del delito de contrabando. Se entendía que en estos casos la cosa juzgada impedía perseguirlo (ver considerando 7° y jurisprudencia allí citada). Luego de esos precedentes hubieron reformas legislativas. En una primera, toda la persecución penal aduanera quedó en manos de la justicia penal. Pero luego, se volvió a un régimen diferenciado. Con lo cuál, al resolver en *De la Rosa* la Corte debía manifestar si (y hasta qué punto) estaba nuevamente dispuesta a aceptar la total independencia de ambos órdenes de sanciones, y aún posibles contradicciones en las decisiones jurisdiccionales y administrativas. De hecho se planteaba en el caso que el órgano administrativo había condenado en contradicción con lo dicho previamente por el juez penal, creyendo que lo autorizaba el texto de la ley vigente. De ese modo la Corte se pronunció de manera similar pero con alguna diferencia de enfoque respecto de su jurisprudencia anterior. Siguió admitiendo que, si había una condena penal por contrabando, se podían imponer luego ciertas sanciones en sede administrativa, pero sólo porque ellas constituían penas accesorias que la Administración Nacional de Aduanas podía imponer únicamente a los ya condenados en sede penal. Es decir que, según la Corte, no se trata del ejercicio de la jurisdicción de éste órgano en materia de infracciones, sino de una simple facultad administrativa de aplicación en concreto de la sanción accesoria, totalmente dependiente de la sentencia judicial de condena (ver considerandos 12 a 15). Dicho con otras palabras, la Corte buscó negar por vía interpretativa un supuesto de doble tipificación de un mismo hecho como delito e infracción. De todos modos el fallo no excluye que, si el sujeto fuera absuelto por inexistencia del delito de contrabando, todavía podría ser perseguido en sede



previa determinación de la identidad de sujetos y de hechos, pero especialmente se trata de establecer en qué medida esos diferentes órdenes de sanciones tienen la misma razón de ser, es decir en qué medida tienen el mismo fundamento.

De acuerdo a la posición aquí sostenida, se hace necesario verificar entonces en cada caso hasta qué punto al articular una pretensión sancionadora estrictamente penal y otra administrativa sobre el mismo hecho se persigue en cada caso una finalidad legítima diferente que resulta necesario satisfacer mediante sanciones autónomas. Conforme lo expresado hasta aquí, no parece que sea razonable una toma de postura general y en abstracto ya sea a favor o en contra de la multiplicación de sanciones y procedimientos penales y administrativos²⁰⁶. Inclusive pueden plantearse soluciones específicas según se trate de casos de doble sanción o bien de doble persecución administrativa y penal²⁰⁷. Si bien lo ideal sería que ya en el ámbito legislativo la cuestión se simplifique eliminando aquellos supuestos de duplicidad inne-

administrativa por otras infracciones que, sin coincidir exactamente con la descripción del mencionado tipo penal, abarquen parte del hecho (ver considerando 17).

En síntesis, se acepta un cierto *ne bis in idem* bastante débil entre sanción administrativa y sanción penal que solo alcanza a impedir la doble persecución en los casos de absolución previa y plena identidad de “delitos” (coincidencia total entre la infracción penal y la administrativa) desde la lógica de la cosa juzgada (evitar resoluciones contradictorias). Pero la protección no parece alcanzar otros casos de identidad de hechos donde la coincidencia entre los tipos no es total, ni los casos de condena previa donde cabe la doble sanción no ya por la idea de “esferas independientes” sino con el argumento de la “pena accesoria”.

²⁰⁶ En similar sentido, DE LEÓN VILLALBA (ob. cit., pág. 495) entiende que “no puede establecerse *a priori* la existencia globalizante de intereses diferentes en uno y otro sector jurídico.” Es decir que, a partir de una noción de identidad de fundamentos construida desde la perspectiva del bien jurídico, llega a un resultado similar aunque con un sesgo más bien contrario a la posibilidad de acumulación.

²⁰⁷ Las diferentes combinaciones de problemas que los casos de doble sanción y doble persecución plantean al producirse la duplicación en ámbitos diferentes (penal y administrativo sancionador) ha sido objeto de un interesante desarrollo en el derecho español. Sobre ello véanse entre otros ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008. Es especialmente interesante su tratamiento de los diferentes supuestos de doble proceso de págs. 175 a 201.

cesarios, en principio no se puede descartar que en algunos casos ello no sea factible²⁰⁸. De todos modos sí sería razonable exigir que en todo

²⁰⁸ Por ejemplo en el supuesto ya mencionado en que la sanción penal y la sanción administrativa se refieren al mismo hecho y persiguen al parecer la misma finalidad, no cabría en principio imponer ambas. Además, si se negara la existencia del hecho en la decisión del juez penal, no cabría luego afirmarla en un procedimiento administrativo posterior. Sin embargo, si el juez de la jurisdicción criminal absuelve por una razón jurídica muy específica del Derecho Penal, no parece necesariamente irrazonable que haya un procedimiento administrativo posterior orientado a imponer una sanción de esa índole.

Considérese el famoso caso del ciclista ebrio que es atropellado por el camionero que intenta pasarlo sin observar la distancia mínima de adelantamiento, pero que de todos modos hubiese sido atropellado si se hubiera observado esa distancia (ver por todos KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima, Perú, 2007, págs. 43 y 44). Aunque se absuelva al conductor porque que no se le puede imputar el concreto resultado de muerte producido, no cabe descartar que su infracción de tránsito amerite de todos modos una sanción administrativa. Quizás lo ideal en estos casos, en términos de economía procesal, sería que el juez penal pudiera imponer la multa o la eventual inhabilitación conforme a las leyes administrativas. Sin embargo si no está autorizado para ello por la ley no podrá hacerlo. Además esto podría complicar en la práctica la administración de la justicia penal. Otra posibilidad sería que el juez penal, en lugar de absolver se declare incompetente y remita la cuestión al órgano administrativo correspondiente. Sin embargo, esto resulta inaceptable: Las exigencias de garantía del proceso penal reclaman que este concluya mediante un pronunciamiento definitivo sobre la hipótesis delictiva que ponga fin a la situación de incertidumbre en que se halla el acusado. Por otra parte, sería absurdo que en un caso así se llegasen a plantear conflictos de competencia.

Por lo demás, no parece que la posterior realización del procedimiento administrativo en este caso implique para el imputado una carga intolerable (en este sentido véase capítulo III, punto B.2. sobre los fundamentos del *ne bis in idem* procesal).

Una situación similar aunque no igual a la mencionada se planteó en la jurisprudencia constitucional argentina en CSJN, caso *Zanandrea*, sentencia de 30 de junio de 1998, en *Fallos* 321:1848. Allí se discutió la situación de una persona que había sido sobreseída definitivamente por el delito de encubrimiento de contrabando, y en la misma resolución el juez se había declarado incompetente y remitido parte de las pruebas reunidas a la Aduana, para que investigase la presunta comisión de la infracción prevista en los arts. 985 y siguientes del Código Aduanero (ver considerando 2° del voto único). Estos artículos punen la tenencia de mercadería de origen extranjero con fines comerciales o industriales cuando no se presentaren aplicados los respectivos instrumentos fiscales o medios de identificación o cuando no se

supuesto de segunda intervención sancionadora (ya sea que se pretenda imponer una segunda sanción o realizar una segunda persecución aunque no haya habido sanción previa), el órgano que actúa en último término analice en qué medida su intervención es compatible con la prohibición de *bis in idem* a la luz de los criterios antes sugeridos²⁰⁹.

probare, ante el requerimiento del servicio aduanero, que aquélla hubiese sido librada lícitamente a plaza. Se trata pues de una infracción que pone en cabeza del ciudadano la obligación de probar la legitimidad del ingreso de la mercadería cuya tenencia ostenta. El sujeto fue condenado por esa infracción, y el caso llegó a la Corte por la posible violación del *ne bis in idem* y la cosa juzgada. Al resolver el Tribunal entendió, sin dar muchas explicaciones que no había identidad de hecho entre la infracción mencionada y el delito que motivara el sobreseimiento pues se trataría de “infracciones separables” (ver considerando 6°), y manifestó que no había existido contradicción entre la segunda resolución condenatoria y la previa liberatoria por cuanto en sede penal se había dicho que no se había podido probar la ilegitimidad del ingreso de la mercadería, pero no que dicho ingreso hubiese sido legítimo (ver considerando 8°). El primer argumento es muy discutible, pues no parece sensato negar que la ilicitud del contrabando y la del encubrimiento de contrabando abarcan también la de la infracción mencionada. Pero el segundo argumento es correcto. Si el motivo del sobreseimiento fue concretamente que no se pudo probar un elemento del tipo penal no requerido por la infracción administrativa, mal podría hablarse de cosa juzgada.

²⁰⁹ El tema puede conectarse también con la clásica cuestión de si el delito y la infracción son cualitativa o bien únicamente cuantitativamente distintos. En este sentido véase, entre otros, RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador, *El principio ne bis in idem en el ámbito tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 26. Razonablemente, quien afirme que se trata de una diferencia cualitativa debería tender a ver ilicitudes distintas y fundamentos distintos para la punición con lo cual cabría la acumulación. Sin embargo, desde la posición aquí sostenida, aunque existiese una diferencia cualitativa entre delito e infracción, podría ser que en el caso concreto la sanción penal, tanto por su mayor gravedad como por su concreto contenido limitativo de derechos, satisfaga ya toda necesidad de respuesta estatal.



**C) LA TRIPLE IDENTIDAD CUANDO CONCURREN
POTESTADES SANCIONADORAS AUTÓNOMAS**

1) CONCURRENCIA INTERNACIONAL

La determinación de la identidad de sujetos, hechos y fundamentos aparece como especialmente problemática cuando se trata de una aplicación de la garantía frente a procesos y sanciones llevados adelante por diferentes titulares de la potestad penal. El caso más complejo es sin dudas la aplicación internacional del *ne bis in idem*, pues los criterios para establecer las identidades antes desarrolladas presentan problemas adicionales cuando se trata de ordenamientos jurídico distintos. Pero en algunos sistemas el problema se plantea también en el orden interno, cuando la Constitución reconoce potestad penal autónoma a sus provincias, comunidades o estados.

Comenzando con la posibilidad de un *ne bis in idem* internacional, hay que decir que esta es una cuestión muy debatida en la actualidad. En efecto, es discutida la aplicación de la prohibición cuando las dos persecuciones realizadas o sanciones impuestas son manifestación de potestades penales total o relativamente autónomas, como pueden ser dos Estados distintos, un Estado y un Tribunal Internacional. Para analizar el problema se suele hablar actualmente de concurrencia de potestades sancionadoras, pudiendo existir una concurrencia internacional vertical (Estado-Tribunal Internacional), o una concurrencia internacional horizontal (Estado-Estado)²¹⁰. Ese mismo es-

²¹⁰ Esta terminología ha comenzado a ser utilizada a partir del Coloquio preparatorio para la Sección IV del XVII Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Dicho coloquio tuvo lugar en Berlín en junio de 2003, y el Congreso se llevó a cabo en Pekín en septiembre de 2004. Sobre ello véase DE LA CUESTA, José Luis, "Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*. Relación general", en *Revue Internationale de Droit Penal*, 73e année – nouvelle série, 3e et 4e trimestres 2002 (publicada en 2004) págs. 737 a 769. Asimismo, las resoluciones del congreso pueden consultarse en el sitio *web* de la Universidad de Castilla - La Mancha: www.uclm.es/aidp/beijing2004/res_sec4.html (revisado el 21 de agosto de 2007).



quema puede aplicarse también hasta cierto punto al orden interno, y podría hablarse así de una concurrencia interna vertical (Estado Nacional-Estado provincial) u horizontal (Estado provincial-Estado provincial).

La cuestión de si el *ne bis in idem* debe aplicarse cuando el proceso o la sanción previos han ocurrido en un Estado diferente de aquel que pretende llevar adelante la nueva persecución es sin duda muy relevante en las disposiciones sobre la prohibición contenidas en los diversos instrumentos internacionales que serán analizados en los capítulos siguientes. Solo cabe anticipar ahora que las respuestas no son uniformes, aunque predomina la idea de que el punto de partida es que no existe un *ne bis in idem* internacional como principio general del Derecho Internacional, sin perjuicio de que se tienda a su progresiva aplicación también en este ámbito²¹¹. Las razones de esa negativa no son, como se verá oportunamente, del todo claras en la doctrina y la jurisprudencia. Aunque sin duda las dificultades vinculadas con la determinación de la triple identidad tienen mucho que ver con ello.

Pero sin dudas el desarrollo hasta el presente más acabado de esta forma de presentar el problema puede verse en KNIEBÜHLER, Roland M., *Transnationale 'ne bis in idem'. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlín, 2005.

²¹¹ Por todos véase CONWAY, Gerard, "Ne bis in idem in International Law", en *International Criminal Law Review* 3, 2003, en particular págs. 217 y 218, donde el autor afirma: "A la fecha, las opiniones más relevantes entre los autores niegan que el principio de *ne bis in idem* pueda ser reconocido ya sea como una regla de costumbre o como un principio general del derecho internacional; en este sentido, la objeción más comúnmente presentada para el reconocimiento de la regla hace referencia a las disparidades de aproximación a ella en los diferentes sistemas jurídicos" Sin embargo, luego de explicar esta afirmación el autor señala que "[v]arios desarrollos recientes comienzan a destacar la importancia práctica de la regla en el orden jurídico internacional. . .", y pasa a enumerar la incorporación de la prohibición en diferentes instrumentos internacionales.

2) CONCURRENCIA INTERNA

En cuanto a la posibilidad de concurrencia interna, existen en los diferentes ordenamientos nacionales enfoques muy diversos sobre la cuestión. Así por ejemplo en España se suele afirmar que el punto de partida es la unidad de toda la actividad sancionadora del Estado²¹². La idea fuerza allí es que el *ius puniendi* estatal es uno solo en cualquiera de sus manifestaciones. Ello tiene proyecciones sobre muchos ámbitos, como el de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador que es el que ha recibido mayor tratamiento en la doctrina y jurisprudencia de aquel país. Pero en lo que ahora interesa hay que resaltar que en España la relativa autonomía política y regulativa de las Comunidades Autónomas no parece alcanzar para sostener que ellas tengan potestades penales independientes al punto que puedan sancionar dos o más de ellas a una misma persona por unos mismos hechos sin vulnerar la prohibición de *bis in idem*²¹³.

La situación es claramente distinta en los Estados Unidos. Allí, conforme la interpretación que la Corte Suprema le ha dado a la prohibición de *double jeopardy* contenida en la quinta enmienda de la declaración de Derechos de la Constitución Federal, rige la llamada doctrina de la “doble soberanía”²¹⁴. En aquel país el gobierno federal y los estados de la Unión dictan cada uno su propia ley penal y procesal penal. Si una conducta cae bajo la ley penal de dos o más estados, o de un estado y el gobierno federal, el imputado puede ser sometido a proceso y condenado tantas veces como leyes de “soberanos” distintos haya infringido con su conducta.²¹⁵ Esta doctrina se ha vinculado ade-

²¹² Véase DE LEÓN VILLALBA, ob. cit. págs. 177 a 187.

²¹³ Se ha llegado inclusive a sugerir en aquel país que se puede deducir el *ne bis in idem* de la unidad de soberanía. Así VIVES ANTÓN, Tomás S. “Estado de Derecho y Derecho Penal”, en AAVV, *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 48.

²¹⁴ *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922)

²¹⁵ “Tenemos aquí dos soberanías cuyo poder deriva de fuentes diferentes, capaces de manejar el mismo asunto dentro del mismo territorio (. . .) Cada gobierno, al determinar qué debe constituir una infracción contra su paz y su dignidad

más con consideraciones de orden práctico sobre la idea de que hay que evitar disminuciones arbitrarias del riesgo penal. Concretamente se ha llegado a sostener que sin esta doctrina sería posible que un estado impusiera condenas más leves o favoreciera de algún modo a un imputado que gozase de la simpatía de sus autoridades, a diferencia de lo que podría llegar a ocurrir de ser el gobierno federal quien lleve adelante la acusación²¹⁶.

En síntesis, para regular la relación entre las potestades penales de los diferentes estados miembros de la Unión a los fines del *ne bis in idem*, se ha impuesto en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos el mismo criterio que todavía se utiliza para negar, o al menos para limitar fuertemente, la posibilidad de un *ne bis in idem* internacional²¹⁷. De todos modos, aún entre los juristas de ese país la doctrina de la doble soberanía no está exenta de críticas²¹⁸.

En Argentina en cambio, a pesar de ser un país de organización federal la Constitución Nacional dispone que es atribución del Congreso Nacional dictar el Código Penal. A partir de ello se ha entendido

está ejerciendo su propia soberanía, y no la de los otros.” (Tomado del citado caso *Lanza*, pág. 382).

La aplicación de esta doctrina en relación a la posibilidad de persecución penal de un mismo hecho en dos estados diferentes (y no ya de un estado y el gobierno federal) puede verse en *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985).

²¹⁶ Ver por ejemplo *Abate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959) y *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959). Sin embargo, este argumento tendría más que ver con la consideración de eventuales excepciones a la aplicación de la prohibición cuando el imputado no sufrió en el primer proceso un riesgo relevante de ser condenado y por lo tanto no habría propiamente una “duplicación”.

²¹⁷ La negación del *ne bis in idem* internacional en los Estados Unidos aparece bien ejemplificada en el caso *Duarte Acero* (United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, caso n° 98-5756, resolución de 13 de abril de 2000).

²¹⁸ Por todos véase LÓPEZ, Dax E., “Not twice for the same: How the dual sovereignty doctrine is used to circumvent non bis in idem”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Noviembre, 2000, págs. 1263 a 1302. También GRANT, J. A. C., “The ‘Lanza’ Rule of Successive Prosecutions”, *Columbia Law Review*, Vol. 32, No. 8. (Diciembre, 1932), págs. 1309 a 1331. En este último caso hay también un interesante análisis del surgimiento de la doctrina, y su vinculación con precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos aún anteriores al fallo *Lanza*.

siempre que toda ley penal es o derecho común, o bien derecho federal (para un número relativamente reducido de delitos que corresponden a la jurisdicción federal). Las provincias no pueden dictar entonces leyes penales por su cuenta²¹⁹. Ello, cabe razonablemente hipotizar, ha impedido el desarrollo en materia estrictamente penal de una doctrina semejante a la idea de doble soberanía en los Estados Unidos. Sin embargo, en materia procesal penal y de sanciones administrativas los gobiernos provinciales establecen sus propios regímenes, pues no se trata de una potestad expresamente delegada a la Nación en la Constitución. Con lo cual, en la medida en que se extienda la prohibición de *bis in idem* a la materia administrativo sancionadora podría plantearse el problema de determinar si cabe o no la doble persecución y sanción de una misma conducta ante un órgano nacional y otro provincial en virtud de la existencia de potestades sancionatorias independientes²²⁰. De todos modos la cuestión no ha sido objeto de tratamiento específico por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Existen sí algunos precedentes que, en términos más generales, tratan sobre las relaciones entre la sanciones penales y sanciones administrativas y de otra índole²²¹.

3) CONCURRENCIA E IDENTIDAD DE SUJETOS

Ya sea en casos de concurrencia internacional, o bien de concurrencia interna, la cuestión puede ser relacionada con el problema

²¹⁹ Véase a este respecto SEGOVIA, Juan F., “Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y leyes especiales”, en AAVV., *Atribuciones del Congreso Argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

²²⁰ Hay que tener en cuenta de todos modos, que en relación con la potestad para establecer sanciones administrativas la doctrina osciló entre la tesis de la concurrencia, según la cual tanto la Nación como las provincias pueden imponerlas, pero en caso de que la Nación lo haga desplaza a las provincias, y la tesis de la exclusividad de las provincias. La jurisprudencia parece haberse inclinado más hacia la concurrencia. Sobre esto véase SEGOVIA, Juan F., ob. cit., págs. 201 a 203.

²²¹ Así por ejemplo CSJN, caso *Martínez de Perón*, y caso *De la Rosa Vallejos*, ya citados, publicados respectivamente en *Fallos* 302:210 y *Fallos* 305:246.

de la identidad de sujetos. En efecto, cabe preguntarse si se configura esta identidad cuando quien lleva adelante la persecución penal es un “sujeto” (Estado o provincia) diferente cada vez. Como se vio en la parte histórica, en el derecho romano la identidad de quien acusaba era un dato relevante, y sólo cuando el que acusaba por segunda vez era el mismo sujeto que había acusado antes se prohibía el segundo proceso. En la mayoría de los ordenamientos actuales esto no tiene, en cambio, ninguna relevancia, pues se mira la prohibición desde la perspectiva de la relación del Estado con la persona imputada. Esto tiene que ver en parte con que la regla general en la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes es la acción penal pública, llevada adelante por un órgano estatal. La víctima tiene una participación relativamente secundaria, si es que tiene alguna.

Por otra parte, si se afirmara que siempre que hay potestades penales concurrentes falta la identidad de sujetos, habría que negar sistemáticamente toda posibilidad de un *ne bis in idem* internacional, y aún interprovincial o interestatal en algunos Estados federales. Ello sin embargo no parece del todo compatible con la evolución actual del Derecho Internacional. Como se verá en los capítulos siguientes, los instrumentos de Derechos Humanos que recogen la prohibición, si bien en general no consagran una aplicación internacional de ella²²², sí la reconocen como vigente en el interior de los Estados parte. Si a ello se suma que la organización interna del Estado no lo libera en principio de las obligaciones asumidas ante la comunidad internacional²²³,

²²² En realidad sólo el texto de la Convención europea es determinante en este sentido. En el sistema interamericano la cuestión no ha sido tratada y en el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido más bien la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos la que redujo el alcance de la prohibición al orden interno. Véanse en este sentido capítulo IV, punto C.3, capítulo V, punto B.3., y capítulo VI, punto B.3.

²²³ El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone expresamente: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Véase también al respecto GARCÍA, Luis M. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”, en GARCÍA, Luis

se podría concluir que, en la medida que no se haya hecho una reserva, habrá obligación de aplicar la prohibición en todo el territorio sin importar que las potestades sancionatorias de las provincias y la nación sean más o menos autónomas.

Además, ya en el plano del *ne bis in idem* estrictamente internacional, aún países que son en principio reacios a aceptar que la sanción o persecución en otro Estado prohíba hacer lo mismo en el propio por los mismos hechos, reconocen una cierta manifestación de la prohibición en los instrumentos de extradición que suscriben²²⁴. De este modo la negación del *ne bis in idem* internacional nunca es absoluta, por lo que es menester concluir que no se puede sostener que siempre que intervienen Estados distintos falta la identidad de sujetos.

4) CONCURRENCIA E IDENTIDAD DE HECHOS

La cuestión también resulta problemática desde la perspectiva de la identidad de hechos. En efecto, si se mira al hecho con un enfoque normativo, hasta cierto punto vinculado con los tipos penales en juego, afirmar esta identidad cuando se trata de la aplicación de normas de sistemas diferentes puede llegar a ser algo realmente complejo, sino imposible. Esto requeriría que, para poder hablar de *ne bis in idem* internacional, existiera un alto grado de unificación de los respectivos ordenamientos. Sin embargo, ello no ocurre actualmente. Por ejemplo en la Unión Europea, donde se ha reconocido un *ne bis in idem* internacional intraeuropeo en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el avance y consolidación de la garantía no se

M. et al., *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, pág. 74.

²²⁴ El mejor ejemplo de ello es Estados Unidos, cuya posición sobre el *ne bis in idem* internacional es enfáticamente negadora, como ya se vio. Sin embargo, en sus tratados de extradición reconoce la prohibición. Considérese por ejemplo su tratado de extradición con Argentina (Ley n ° 25.126 de nuestro país) que dispone en su artículo 5 inc. 1: “La extradición no será concedida cuando la persona reclamada hubiere sido condenada o absuelta en el Estado Requerido por el delito por el cual se ha solicitado la extradición.”

ha detenido no obstante la falta de unificación normativa²²⁵. Una posibilidad sería buscar, solo para el *ne bis in idem* internacional, una identidad basada puramente en datos fácticos. Pero ello parece contradictorio con lo que se sostuvo oportunamente sobre la necesidad genérica de un enfoque que sea a la vez fáctico y normativo para cualquier manifestación de la prohibición de *bis in idem*. El hecho, como objeto de un proceso penal, no se entiende claramente sino en relación con la norma que le da unidad de sentido. Los criterios temporales y espaciales o referidos a la intención del autor no resultan, como ya se vio, concluyentes y pueden servir tanto para multiplicar como para limitar las persecuciones.

El problema no parece, de todos modos, absolutamente insalvable. Es cierto que los Estados no manejan exactamente los mismos criterios para afirmar la existencia de unidad o pluralidad delictiva, y ello agrega todavía más complejidad al asunto. Sin embargo, sí resulta posible que el Tribunal que interviene en último término analice los datos fácticos considerados en el proceso anterior extranjero y la norma penal allí aplicada o tomada en cuenta, tal y como ellos aparecen en la resolución final a la que se llegó en ese país. Luego podría comparar esos elementos con los datos fácticos que él mismo está tomando en consideración y el tipo o los tipos penales de su propio ordenamiento, a la luz de los criterios sobre unidad y pluralidad vigentes en su Estado. Con ello podría llegar a una conclusión razonada sobre si está o no ante el mismo hecho. Ciertamente se trata de un análisis complejo, en el que la norma penal extranjera se compara con la propia con criterios que tal vez no sean los que rigen en su país de origen. Pero exigirle a un Tribunal que tome en consideración los criterios de unidad y pluralidad del otro Estado parece inviable.

En condiciones ideales, y a falta de una unificación de ordenamientos jurídicos, lo mejor sería que, si se consagra una cierta manifestación de *ne bis in idem* internacional en un convenio (ya sea bilateral o multilateral), se establezcan allí también algunos criterios pa-

²²⁵ Ver capítulo VII, punto A.

ra afirmar la unidad y pluralidad de hechos, e inclusive que sea un órgano internacional el que deba pronunciarse sobre la cuestión sobre la base de esos criterios preestablecidos²²⁶.

5) CONCURRENCIA E IDENTIDAD DE FUNDAMENTOS

En lo que hace a la identidad de fundamentos, la primera cuestión que salta a la vista, y que no parece tener una solución definitiva *a priori*, es si realmente se puede hablar de tal identidad cuando la pluralidad de persecuciones y sanciones tiene lugar en Estados diferentes. Si la protección que dispensa el Derecho Penal es entendida como tutela de un cierto orden jurídico, conformado en buena medida a partir de las valoraciones vigentes dentro de un Estado concreto, podría decirse que la protección de cada orden jurídico implica una finalidad específica para la persecución y sanción que puede no ser suficientemente satisfecha cuando el que persiguió o sancionó previamente fue otro Estado distinto. En este sentido se explica que algunas de las actuales manifestaciones del *ne bis in idem* internacional aparezcan precisamente cuando se trata de la persecución de delitos que afectan a la comunidad internacional. En efecto, tanto en los estatutos de los tribunales internacionales como en la problemática de la jurisdicción universal la cuestión del *ne bis in idem* está presente de manera patente²²⁷.

²²⁶ Como se verá en el capítulo VII punto A.5., el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido estableciendo algunos criterios de tipo fáctico para la interpretación del *ne bis in idem* del art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, a pesar de que esa norma no los establece. Se trata de una creación pretoriana que contiene de todos modos referencias puramente naturalísticas sobre la proximidad temporal y espacial que si bien fueron utilizadas para limitar las persecuciones múltiples bien podrían ser utilizadas para convalidarlas.

²²⁷ En este sentido resultan muy claras las palabras de CASSESE, quien expresa: "Such crimes breach values that transcend individual States and their communities; they affect and involve all States. Hence, any State is entitled to prosecute and punish them. It follows that, as long as the court of the State where those crimes are tried conforms to some fundamental principles on fair trial and acts independently, impartially, and with all due diligence, other States, including the State where the

De todos modos, tampoco parece razonable afirmar en abstracto que falta identidad de fundamentos cuando persiguen penalmente Estados distintos en defensa de su propio orden jurídico. También aquí cabe apreciar la cuestión en cada caso concreto, tomando en consideración el carácter tuitivo de la persona que tiene la prohibición de *bis in idem* recogido no solo en las Constituciones sino en instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Se trata de procurar que una persona no se vea obligada a soportar sanciones y persecuciones múltiples sólo porque más de un Estado decide vincular cierta conducta de ese sujeto con sus propios fines de tutela del propio orden, por más que tales fines se hayan visto razonablemente satisfechos con la condena o la persecución en un Estado distinto. Lo mismo cabe predicar de las relaciones de los Estados con los órganos internacionales cuando se trata de la persecución penal llevada adelante por estos.

En síntesis, sostener que cuando se trata de la persecución penal por titulares distintos de la potestad penal no hay identidad de sujetos equivaldría a negar absolutamente toda posibilidad de un *ne bis in idem* internacional (e interprovincial en un Estado Federal que establezca potestades penales autónomas). Ello, es criticable pues implica una seria desconsideración hacia la persona sometida al poder penal.

En cuanto a la identidad de hechos, si bien desde una comprensión indispensablemente normativa de ella se hace difícil afirmarla en la medida en que se trata de la valoración de cierto acontecimiento histórico abarcado por normas penales de sistemas diferentes, de todos modos no es imposible un análisis que tome los datos fácticos y la hipótesis delictiva contenida en la norma penal extranjera para compararla con el objeto procesal del segundo proceso y la normativa vigente en el Estado de la segunda persecución a la luz de los criterios sobre unidad y pluralidad vigentes en este último, aunque lo ideal sería contar con criterios previamente establecidos en una norma internacional.

crime has been committed as well as international courts, must refrain from sitting in judgment on the same offence.” CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003, pág. 320.

Por otra parte, tampoco cabe en estos casos afirmar en abstracto una falta de identidad de fundamentos. Puede haber finalidades legítimas específicas que el Estado o el órgano internacional que pretenden perseguir en segundo término únicamente pueden lograr si ejercen su potestad sancionadora autónomamente. Pero si ello no es así, no parece bastar para decir que hay fundamentos distintos, constatar que nos hallamos ante ordenamientos distintos.

De todos modos, la aceptación de un *ne bis in idem* internacional, salvo las disposiciones contenidas en los convenios de extradición, es actualmente bastante limitada, aspecto que será tratado con más detalle en los capítulos siguientes.

D) LAS DIFERENTES MANIFESTACIONES DEL *NE BIS IN IDEM*

1) PRIMERA APROXIMACIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE *NE BIS IN IDEM* SUSTANCIAL Y *NE BIS IN IDEM* PROCESAL

Para un adecuado análisis de la prohibición de *bis in idem*, conviene resaltar ahora una distinción básica mencionada al pasar tanto al explicar sus orígenes históricos en el primer capítulo, como al desarrollar sus presupuestos en el punto anterior. El *ne bis in idem* es considerado tanto prohibición de una doble imposición de pena a una misma persona por unos mismos hechos y fundamento, como prohibición de doble persecución penal de una misma persona por unos mismos hechos y fundamentos. Esos dos aspectos suelen ser denominados respectivamente como la vertiente sustancial y la vertiente procedimental del *ne bis in idem*²²⁸.

²²⁸ Ver por todos PÉREZ MANZANO, ob. cit., págs. 25 a 36. En el derecho argentino MAIER utiliza los giros “sentido meramente material” y “sentido procesal” del *ne bis in idem* (Véase MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* . . . , pág. 599).

Ambas vertientes están, en gran medida, relacionadas²²⁹. En efecto, comparten ellas diversos elementos tanto en sus presupuestos (las diferentes “identidades” requeridas que fueran analizadas en los puntos precedentes) como en sus fundamentos (como se verá luego en el capítulo III). Además, la prohibición de un segundo proceso tiende claramente a evitar en muchos casos la imposición de una segunda sanción.

Sin embargo, no hay una relación de total subordinación entre ambas manifestaciones. La prohibición de doble proceso opera a veces aunque no haya ninguna posibilidad de segunda condena, como por ejemplo cuando el acusado resultó absuelto en el proceso anterior. Al mismo tiempo, la prohibición de doble sanción puede actuar aún dentro de un mismo y único proceso, es decir que no requiere del inicio de un segundo procedimiento penal para resultar operativa²³⁰. Ejemplo de esto último es la aplicación en un único proceso de la reglas y criterios del Derecho Penal sobre unidad y pluralidad de delitos mencionados previamente. Tales criterios encuentran su fundamento último en el *ne bis in idem* sustantivo, sin perjuicio de que se proyecten luego a lo procesal para definir también allí la identidad de hechos.

En resumen, existen espacios de aplicación propios de ambas vertientes en los que no hay ninguna superposición entre ellas, y otros supuestos en los que la prohibición de doble proceso opera simplemente como una forma anticipada de evitar la doble sanción.

Por otra parte, los problemas más actuales en torno al *ne bis in idem* en el Derecho Internacional son en su mayoría comunes a ambas vertientes de la prohibición. El primer problema es la clara distinción entre esas dos manifestaciones, ya que las diversos textos que consagran la prohibición en los instrumentos internacionales no siempre son suficientemente explícitos en este sentido.

²²⁹ Esa relación es mencionada por ejemplo por el Tribunal Constitucional Español en la STC 177/1999, Fundamento Jurídico 3.

²³⁰ Véase PÉREZ MANZANO, ob. cit., págs. 25 y 26.

Un segundo grupo de problemas comunes a ambas vertientes tiene que ver con los presupuestos de la prohibición antes desarrollados. Aunque no necesariamente se suelen plantear tales problemas en su vinculación con dichos presupuestos, sino más bien como cuestiones autónomas, derivadas de la interpretación de los textos legales de los diferentes instrumentos. Entre esas cuestiones se destacan:

- Qué se entiende exactamente por identidad de hechos
- La posibilidad de superponer sanciones administrativas, penales y disciplinarias.
- La posibilidad de vedar la doble sanción en Estados distintos (es decir de reconocer un *bis in idem* internacional).
- Qué excepciones a la prohibición resultan admisibles.

Además la vertiente procesal presenta en la evolución actual del Derecho Internacional algunos problemas adicionales que tienen que ver específicamente con la determinación acerca de qué se entiende por doble proceso. En efecto, si lo prohibido es perseguir dos veces, se hace necesario establecer:

- Hasta que punto se debe haber manifestado previamente la voluntad estatal de perseguir penalmente para considerar que efectivamente existió un primer proceso o una primera persecución en el sentido del *ne bis in idem*.
- A partir de qué momento se puede decir que se inicia la segunda persecución vedada. Es decir si resulta necesario el inicio formal de un nuevo proceso o si quedan prohibidos también ciertos actos que importan el riesgo de que ello ocurra.

El primer problema tiene que ver con la existencia previa de un proceso y, si ese proceso ha concluido, con los efectos de la resolución que le puso fin. Esos efectos remiten a su vez con la problemática de la cosa juzgada que será analizada luego. Además, la existencia de un primer proceso que vede la realización de otros posteriores se puede vincular con el grado de avance del mismo, como expresión objetiva de los riesgos que el imputado efectivamente ha padecido. De este

modo, a mayor avance del primer proceso, mayor el riesgo de resultar condenado corrido por el imputado y probablemente también mayores los padecimientos sufridos. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ido definiendo a partir de qué momento se fija ese riesgo relevante desde la perspectiva del *double jeopardy*. En efecto, en aquel país se mira en concreto al momento en que, según el tipo de proceso penal, se estima que hubo *jeopardy attachment*. En consecuencia, las decisiones liberatorias tomadas antes de ese momento no impiden un posterior sometimiento a proceso. En cambio las posteriores a ese momento bloquean definitivamente toda posibilidad de persecución²³¹.

El segundo problema, es decir a partir de qué momento se está incurriendo en una segunda persecución vedada, puede resolverse de varias maneras. La primera, bastante obvia y generalmente aceptada es que ello ocurre con el inicio de una nueva actuación de un órgano estatal orientada a la persecución de un hecho ya sancionado o perse-

²³¹ A diferencia del common law, que requería una sentencia definitiva como presupuesto para la operatividad de la prohibición, el derecho constitucional estadounidense considera que el riesgo se fija antes. En los juicios por jurado, cuando a éste se le toma el juramento, en los juicios ante tribunales, cuando se produce la primera prueba.

Hay sin embargo algunas excepciones en casos de juicios erróneos (*mistrial*). Por ejemplo, un juicio puede concluir anticipadamente por necesidad manifiesta (*manifest necessity*), por ejemplo porque el jurado no puede alcanzar un veredicto, o porque las circunstancias impiden directamente la continuidad del juicio.

Así por ejemplo en *Simmons v. United States*, 142 U.S. 148 (1891) se planteó que la imparcialidad del jurado se hizo cuestionable recién durante el juicio. En *Thompson v. United States*, 155 U.S. 271 (1884) se determinó durante el juicio que uno de los jurados había formado parte del gran jurado que decidió elevar el caso a juicio. En *Wade v. Hunter*, 336 U.S. 684 (1949) una corte marcial que se desarrollaba en un territorio en guerra debió suspenderse porque el enemigo avanzaba hacia el lugar.

Sobre todo esto véase MOSKOVITZ, Myron, *Cases and problems in criminal procedure*, fourth edition, Lexis Nexis, Newark, 2004, págs. 666 a 676. También UNVILLER, H. Richard, *The processes of criminal justice: Investigation and adjudication*, second edition, West Publishing, St. Paul, Minesotta, 1979, págs. 805 a 832.

guido²³². Otra consideración también bastante extendida es que ello ocurre con cualquier actuación de un órgano estatal orientada a la reapertura de un proceso concluído por resolución firme²³³. Esto también remite en buena medida al tema de la cosa juzgada.

Sin embargo hay un tercer planteamiento más controvertido, según el cual aún dentro de un mismo proceso la realización de actos que tiendan a la retrogradación a etapas ya cumplidas implica también un *bis in idem*, sobre todo si esa vuelta atrás implica realizar un nuevo juicio²³⁴. La manifestación más palmaria de esta perspectiva es considerar contraria a la prohibición la posibilidad de que la parte acusadora recurra una sentencia absolutoria. En concreto, en algunos ordenamientos jurídicos como el sistema federal estadounidense, la mera posibilidad de recurso del fiscal contra una decisión de no culpabilidad se considera contrario a la prohibición constitucional de “*double jeopardy*”²³⁵. Esta variante de la prohibición está extendida en el *com-*

²³² En este sentido en CSJN, caso *Macri*, sentencia de 8 de agosto de 2002, en Fallos 325:1932, voto en disidencia del ministro Fayt, considerando 5°, se dice que la prohibición “se extiende, al menos, a toda nueva ‘persecución penal’, es decir, que ampara al imputado desde que existe algún acto del juez —o de quienes bajo su control efectivo o eventual tienen a su cargo la instrucción— que atribuye de alguna manera a una persona la calidad de autora de una infracción penal y que tiende a someterlo a proceso”.

²³³ Véase en este sentido el voto mayoritario en CSJN, caso *Suarez Mason*, sentencia de 13 de agosto de 1998, en Fallos 321:2031. Esta jurisprudencia fue de todos modos muy relativizada posteriormente para los casos de violaciones a Derechos Humanos, como lo ejemplifica CSJN, caso *Videla*, sentencia de 21 de agosto de 2003, en Fallos 326:2805.

²³⁴ Aunque se ha planteado también que cualquier retroceso en un mismo proceso podría implicar una vulneración de la prohibición. Así se ha dicho por ejemplo que “la garantía contra el doble juzgamiento impide que se le dé al Estado la posibilidad de volver para atrás y ‘curar’ las fallas que su propio accionar provocó, en desmedro de los derechos de la parte acusada.” CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ta. ed. actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 468.

²³⁵ Véase la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos correspondiente al caso *Kepner v. United States*, 195 U. S. 100 (1904). Es muy interesante constatar de todos modos que algunos autores norteamericanos plantean desde hace ya tiempo que es precisamente la prohibición del recurso del fiscal lo que ha genera-

mon law, en cambio en el derecho continental se aceptan en general los recursos de la acusación²³⁶. El punto de vista contrario al recurso

do una interpretación judicial relativamente laxa de la prohibición de *double jeopardy* en otros muchos aspectos. Véase en este sentido JONES, Margaret, ob. cit. págs. 379 a 390. Con mucha claridad esta autora expresa: “Hay muchas razones que explican la existencia de interpretaciones contradictorias acerca de las disposiciones sobre *double jeopardy*. Sin embargo la más importante, y quizás la más fácil de corregir, es el hecho de que al estado no se le ha reconocido el derecho de apelar en la mayoría de las jurisdicciones [se refiere a los distintos estados que conforman los Estados Unidos]. Dado que es imposible para el estado corregir los errores que pueden haber impedido un juicio equitativo en el primer proceso, es lógico que los tribunales hayan recurrido a una construcción débil de las salvaguardas del *double jeopardy*. De este modo el estado ha conseguido indirectamente lo que no se le permite hacer en forma directa.” La traducción corresponde a pág. 387.

²³⁶ La idea de que la aceptación o rechazo del recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria es una característica diferenciadora entre el derecho continental y el common law aparece por ejemplo en CONWAY (ob. cit., pág. 228). Para este autor esa diferente extensión atribuida al *ne bis in idem* tiene que ver más que nada con el diferente rol que juega el jurado en ambos sistemas jurídicos.

Muy expresiva de la posición asumida en general en los países de tradición jurídica continental resulta la posición del Tribunal Constitucional español, que aún en un caso de absolución dictada por jurados ha dicho: “[D]ada la veda constitucional del bis in idem, ha de tenerse en cuenta que aun cuando la retroacción de actuaciones acordada en la vía judicial previa ha significado para el demandante de amparo la sumisión a un nuevo juicio, tal efecto no es cuestionable desde la perspectiva constitucional, pues aquella prohibición opera respecto de Sentencias firmes con efecto de cosa juzgada, y la recurrida en apelación en este caso carecía de ese carácter. Así pues no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado. El elemento de la firmeza de la Sentencia impeditiva de la celebración de un nuevo juicio se destaca en los textos internacionales que ex art. 10.2 CE deben operar como elemento interpretativo de los derechos fundamentales, como es el caso del art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, y del art. 4.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, suscrito, aunque no ratificado por España. De modo que no existe impedimento constitucional de principio para que una Sentencia penal absolutoria, si la legalidad infraconstitucional lo permite, pueda ser objeto de recurso de apelación, para que por ello pueda ser anulada en la apelación y para que consecuentemente pueda celebrarse un segundo juicio penal respecto del acusado.” STC, sentencia 169/2004, de 6 de octubre de 2004, fundamento jurídico 3. La misma doctrina se reitera luego con cita expresa en STC, sentencia 192/2005 de 18 de julio de 2005.

de la parte acusadora contra la sentencia absolutoria ha tenido cierto eco jurisprudencial en Argentina²³⁷ y ha sido recogido por un sector importante de la doctrina del país²³⁸, aunque los Códigos Procesales

Es muy interesante ver como el Tribunal Constitucional cita a favor de su punto de vista la normativa internacional que será luego analizada aquí en los capítulos V y VI.

²³⁷ El fallo donde apareció bien desarrollada la idea de que el recurso del fiscal constituye una violación de la prohibición de *bis in idem* fue CSJN, caso *Alvarado*, sentencia de 7 de mayo de 1998, en *Fallos* 321:1173. Allí el que el ministro Petracchi y el entonces ministro Bossert plantearon esa posición en su disidencia conjunta basándose fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El ministro Petracchi reiteró además esta posición en relación con el recurso de la querrela en el considerando 5 de su voto en CSJN, caso *Mainhard*, sentencia de 27 de septiembre de 2001, en *Fallos* 324:3269.

Recientemente la cuestión del recurso del fiscal en relación con el *ne bis in idem* reapareció tratada en forma muy sumaria en CSJN, causa N° 5742, caso *Kang*, sentencia de 15 de mayo de 2007 (no publicada en colección de fallos hasta el momento). Pero allí no se dice directamente que el recurso del fiscal constituya una vulneración de *bis in idem* sino que tal planteamiento constituye un agravio plausible que ameritaba su tratamiento por el tribunal inferior que había omitido discutirlo, razón por la cual se anula su decisión y se le reenvía la causa para que lo trate. Lo interesante de este fallo es que la Corte dicta ese pronunciamiento por mayoría, con lo cual, de confirmarse la tendencia, se estaría ante un importante cambio en la jurisprudencia constitucional.

Hay que reconocer de todos modos, que más allá del problema concreto del recurso del fiscal, la asociación de toda clase de retrogradación del proceso a etapas ya cumplidas como un problema de *ne bis in idem* fue recogido por la Corte Suprema Argentina con suerte muy dispar. Sobre ello véanse por ejemplo CSJN, caso *Weissbrod*, sentencia de 25 de abril de 1989, en *Fallos* 312:597; CSJN, caso *Polak*, sentencia de 15 de octubre de 1998, en *Fallos* 321:2826; CSJN, caso *Verbeke*, sentencia de 10 de abril de 2003, en *Fallos* 326:1149.

²³⁸ Por todos véase MAIER, Julio B.J. "El Recurso del Condenado Contra la Sentencia de Condena ¿Una garantía Procesal?", en ABREGÚ, Martín. , y COURTIS, Christian. (comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos humanos por los Tribunales Locales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997. La posición más tradicional es de todos modos la de sostener la validez del recurso de la acusación. En este sentido véase por ejemplo DE LUCA, Javier A. "Ne bis in idem (especialmente en el ámbito de las nulidades y recursos)" *Revista del Ministerio Público Fiscal*, Procuración General de la Nación, Buenos Aires, nro. 7, año 2001, pág. 194. Este autor sostiene que la solución norteamericana no es extrapolable a la Argentina. También a favor del recurso de la acusación véase OTTAVIANO, Santiago, "El recur-

Penales, y aún los proyectos más recientes de reforma siguen consagrando expresamente el recurso del fiscal contra las absoluciones. Ya se verá en capítulos posteriores cómo se resuelve esta cuestión en cada uno de los instrumentos internacionales seleccionados para el análisis. De todos modos cabe anticipar ahora que más allá de lo que surja de las diversas tradiciones históricas, tales recursos no son considerados en general como una duplicación prohibida por el *ne bis in idem*. Además, la existencia de ellos tampoco resulta tan evidentemente contraria a la respeto de la dignidad de la persona que aparezca como una exigencia irrenunciable. Sin dudas la posibilidad de un recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria constituye un incremento del riesgo de resultar condenado, y puede derivar eventualmente en la realización de un nuevo juicio en su contra si la primera sentencia resulta anulada. Pero ello no es más que uno de los avatares de un único y continuo riesgo penal afrontado a partir del momento en que el imputado es señalado como tal. A lo sumo la prolongación excesiva de ese riesgo único quedará abarcada por el derecho a ser juzgado en un plazo razonable²³⁹.

Conviene destacar finalmente, que la vertiente procedimental de la prohibición en estudio no se refiere únicamente a las exigencias de estabilidad y coherencia en las decisiones válidamente dictadas por los órganos del Estado encargados de la administración de justicia en materia criminal. Esto último es lo propio de la cosa juzgada, que si bien puede ser entendida como una de las expresiones del *ne bis in idem* procesal, no es la única y debe ser adecuadamente distinguida de la prohibición de sometimiento a un doble riesgo penal (prohibición de doble proceso en sentido estricto). Ha quedado de manifiesto aquí que existen elementos comunes a ambas expresiones procesales del *ne bis in idem*, y que en la mayoría de los casos en que se vea afectada una de ellas, la otra también pueda estar comprometida. Pero a los fi-

so del fiscal contra la sentencia absolutoria. Su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, tomo 2007-2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2007, págs. 273 a 317.

²³⁹ Véase en este sentido OTTAVIANO, “El recurso . . .”, págs. 293 y 294.



nes de un adecuado análisis de la prohibición se ha optado por considerarlas como cuestiones hasta cierto punto separables²⁴⁰.

2) *NE BIS IN IDEM* Y COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL

a) **La cosa juzgada en general**

La cosa juzgada trasciende sin dudas la materia procesal penal, pero en este ámbito específico tiene, de manera muy clara en varios ordenamientos jurídicos e instrumentos internacionales, una estrecha relación con el *ne bis in idem*. Si una persona no puede ser castigada o perseguida penalmente una segunda vez ello en buena medida tiene que ver con que se le reconozca efecto de cosa juzgada a la decisión tomada a su respecto en el primer proceso. De hecho, en prácticamente todos los instrumentos que serán analizados en los capítulos siguientes las disposiciones sobre *ne bis in idem* exigen la previa existencia de una decisión firme o final para que la prohibición de doble proceso y doble sanción sea operativa.

Hay que tomar en cuenta que si bien aquí se habla de la cosa juzgada como de un efecto de ciertas resoluciones judiciales, existe también otro significado de ella que se refiere al asunto objeto del proceso que precisamente, como consecuencia de la decisión jurisdiccional, ha dejado de ser litigioso y ha pasado a ser “cosa juzgada”²⁴¹. Sin embargo la distinción más relevante a los fines de este trabajo es la que comúnmente se hace entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Por supuesto que estas distinciones y sus alcances tienen

²⁴⁰ Esto no significa que la excepción de cosa juzgada como remedio procesal no sea un medio adecuado para tutelar ambas garantías. En este sentido véase MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. T. I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos aires, 1996, pág. 601.

²⁴¹ Sobre esta distinción véase DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs. 17 a 19.

también una cierta relatividad derivada de lo dispuesto en los distintos ordenamientos jurídicos. Sin embargo los contornos más o menos precisos de la teorización sobre ella en la doctrina de diferentes países con sistemas jurídicos continentales, permite tomarlas como pautas generales para el análisis de la prohibición en los sistemas internacionales que son objeto de este estudio²⁴².

La cosa juzgada formal es un efecto de las decisiones judiciales que remite a su firmeza, a su inimpugnabilidad. Implica la imposibilidad de cuestionar la decisión mediante recurso. Ella ya no puede ser ni revocada ni sustituida por otra. También la cosa juzgada formal implica un dato positivo: La efectividad de la resolución, la obligación de atenerse a lo dispuesto en ella. Si se trata de una decisión que dispone algo ejecutable se podría hablar en este sentido de su ejecutoriedad, pero el aspecto positivo de la cosa juzgada formal va más allá de ello pues alcanza también a las resoluciones que no son propiamente “ejecutables”. Por ejemplo, las que rechazan un pedido la incorporación de una prueba, que aceptan una demanda o la constitución en parte querellante, etc. A este tipo de decisiones es igualmente obligatorio respetarlas dentro del proceso aunque no haya nada por ejecutar. En líneas generales, las cosa juzgada formal tiene eficacia dentro del mismo proceso.

La cosa juzgada material es en cambio el efecto de ciertas resoluciones firmes respecto de otros procesos y otros órganos jurisdiccionales en relación con lo decidido en ellas. En principio la cosa juzgada formal es presupuesto de la material, en el sentido de que una resolución debe tener el efecto de cosa juzgada formal para poder alcanzar el material. Claro esta que esto no implica que cualquier resolu-

²⁴² Claro está que de lo que aquí se trata es ver el concepto de cosa juzgada en relación con la prohibición de *bis in idem* establecida en los instrumentos, y no estrictamente el efecto de cosa juzgada de las resoluciones de los tribunales internacionales que son órganos de aplicación de esos instrumentos. Sólo con relación a los Tribunales Penales Internacionales el tema tiene relevancia en conexión con este trabajo.

ción firme llegue a tener efecto de cosa juzgada material, pues éste se da únicamente en cierto tipo de decisiones.

En términos generales la cosa juzgada material tiene también dos manifestaciones, una negativa y otra positiva. La negativa, llamada también excluyente, veda la posibilidad de un segundo proceso, o al menos de una segunda sentencia sobre el fondo y es el aspecto que concurre con el *ne bis in idem* en tanto prohibición. El aspecto positivo de la cosa juzgada material tienen que ver con la prejudicialidad. Desde esta perspectiva, lo decidido en una resolución firme sobre el fondo dictada en un proceso no puede modificarse posteriormente en otro proceso en el que, lo ya juzgado en el primero, sea parte de su objeto.

b) La cosa juzgada material penal: la negación de su manifestación positiva y su extensión subjetiva

Trasladando todas estas nociones básicas al campo penal, lo primero que hay que señalar es que tradicionalmente se ha negado la vigencia del efecto positivo de la cosa juzgada material²⁴³. Esto es así ya sea que el segundo proceso se refiera a los mismos hechos pero respecto de un imputado distinto cuya situación personal no fue decidida en el primero (un coautor o un partícipe que por algún motivo son juzgados posteriormente, o el autor de un hecho conexo), o que en el proceso posterior se persiga al mismo imputado, pero por hechos diferentes²⁴⁴. Es claro que en ninguno de los dos supuestos se dan las an-

²⁴³ Por supuesto que esta limitación se refiere a otra causa penal. Pues en relación con la acción civil para el resarcimiento del daño derivado del delito, en caso de que no tramite conjuntamente con la acción penal, la obligatoriedad de lo dispuesto en la sentencia penal respecto de los hechos parece indiscutible en el derecho argentino. Así lo establecen expresamente los arts. 1101 y siguientes del Código Civil. Aunque en otros sistemas jurídicos la solución no es necesariamente la misma. Véase en este sentido CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal. Sus límites*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 188 y 189.

²⁴⁴ Así, se viene sosteniendo desde hace tiempo en la doctrina procesal española que “en el proceso penal la cosa juzgada material no comporta más efecto que el preclusivo. O sea, excluye, como impedimento procesal un segundo juicio (. .

tes mencionadas “identidades” de sujeto y de hecho respectivamente, que operan como presupuesto para la aplicación de *ne bis in idem*. Sin embargo, la cuestión merece alguna aclaración adicional

El efecto de cosa juzgada en el supuesto de una persecución posterior a distintos sujetos por los mismos hechos es enfáticamente rechazada por algunos autores quienes niegan toda posibilidad de extensión subjetiva a la cosa juzgada²⁴⁵. Este punto de vista puede conectarse con la exigencia de que el proceso respecto de cada imputado se conduzca imparcialmente sin que el Tribunal esté condicionado por la decisión previa. De otro modo, la garantía de la imparcialidad, y la defensa en juicio del acusado con todas sus manifestaciones se verían gravemente afectados²⁴⁶. Sin embargo, cuando se trata de decisiones previas que favorecen a esos imputados distintos, habría que preguntarse hasta qué punto la posibilidad de las partes acusadoras (fiscal y/o querrela y/o actor popular según el sistema jurídico que sea) de presentar y defender su caso ante un tribunal imparcial debe merecer la misma consideración a efectos de afirmar o negar el efecto de cosa

) o en todo caso la condena (. . .) por el hecho ya juzgado, y respecto de la misma persona; pero no determina prejudicialmente el contenido de la segunda sentencia, ni respecto de otro inculpado –por el mismo hecho–, ni del mismo inculpado por un hecho distinto, aun conexo del hecho juzgado o condicionando por él.” GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 8va. ed., Artes Gráficas, Madrid 1975, págs. 275 y 276. Más recientemente en el mismo sentido GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2da. ed., Colex, Madrid, 2003, pág. 415.

²⁴⁵ Hay, en efecto, autores que niegan en todos los casos la posibilidad de una extensión subjetiva de la cosa juzgada, aún cuando haya unidad parcial o total en el plano de los hechos. Así por ejemplo GIMENO SENDRA *et al.*, ob. cit., págs. 418 y 419. Para estos autores es irrelevante que pueda llegar a existir una contradicción lógica entre las resoluciones, pues consideran que la cosa juzgada tiende más bien a evitar contradicciones jurídicas. Si bien este argumento es discutible (pues hay razones para pensar que la coherencia lógica entre resoluciones es también una exigencia jurídica) lo cierto es que aceptar la extensión subjetiva de la cosa juzgada implicaría independizarla del *ne bis in idem*, por cuanto no se trataría ya de una duplicación de resoluciones que implique doble persecución o sanción penal para el mismo sujeto.

²⁴⁶ Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada . . .*, pág. 163.

juzgada, orientado a evitar resoluciones contradictorias²⁴⁷. Ciertamente plantea dificultades que la absolución de quien es sindicado como autor de un hecho no tenga ninguna relevancia en el juicio posterior de quien es considerado partícipe, y que este último sea condenado cuando el primero fue absuelto, por ejemplo, por inexistencia de delito²⁴⁸.

El supuesto de persecución del mismo imputado en un proceso diferente tampoco parecería ofrecer problemas, pues discutiéndose en el segundo proceso un hecho absolutamente distinto del que fuera objeto del primero mal podría decirse que hubo realmente cosa juzgada²⁴⁹. Sin embargo la cuestión es más problemática si los objetos de ambos procesos tienen puntos de contacto estrechos²⁵⁰. En estos casos

²⁴⁷ En similar sentido CARNELUTTI ha cuestionado la rigidez de la limitación a la cosa juzgada material positiva penal expresado: “. . .yo estaría dispuesto a admitir que el imputado de codelinencia pudiera beneficiarse del fallo pronunciado frente a otro copartícipe, en cuanto naturalmente, la cuestión decidida fuera común a su proceso (. . .), en cuanto ella sea propicia a los fines de la defensa.” CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 262.

²⁴⁸ En este sentido PÉREZ MANZANO (ob. cit. pág. 124) entiende que la cuestión “depende de la clase de hecho enjuiciado y del contenido de la declaración de hechos probados. (. . .) Por ejemplo, si se ha declarado probado que la muerte fue producida de forma natural, o con la intervención de una sola persona a la que se declara culpable en el proceso. En ambos casos resulta imposible un nuevo enjuiciamiento de los hechos respecto otras persona que no fueron sujetos pasivos del proceso penal, pues las declaraciones de hechos probados excluyen en todo caso esta posibilidad. Por tanto, el efecto de cosa juzgada en estos casos se produce en realidad *erga omnes*, y no sólo respecto del sujeto pasivo del proceso.”

²⁴⁹ Podría plantearse de todos modos algún caso en el que una persona afronte dos procesos por hechos distintos en paralelo (que no han podido ser acumulados) y en uno de ellos se resuelva que el imputado no es capaz de estar en juicio por alguna alteración de sus facultades mentales. ¿Debería dársele alguna relevancia a esa resolución en el otro proceso como manifestación de positiva de la cosa juzgada material? Hay que reconocer de todos modos que una resolución de ese tenor no versa sobre el fondo, con lo cual el primer problema aquí no es si la cosa juzgada material penal puede reconocer en algún caso un efecto positivo, sino más bien la cuestión de determinar a qué tipo de resoluciones judiciales corresponde atribuirles el efecto de cosa juzgada, que será tratado luego.

²⁵⁰ Como quedara dicho al analizar la identidad de hechos, si la conexión es tal que no se puede hablar de hechos distintos estaríamos ante un supuesto de *bis in*

parece más difícil no reconocerle un cierto alcance positivo al efecto de cosa juzgada material de la resolución dictada en el primer juicio, tomando en consideración los elementos fáctico-probatorios allí decididos para resolver en el segundo, siempre que con ello no se afecten las posibilidades de defensa en juicio del acusado.

Esto último ocurre por ejemplo en la concepción estadounidense del *double jeopardy*, donde si bien la quinta enmienda impide el “doble riesgo” por el mismo “delito” (*offense*) la jurisprudencia constitucional ha generado la doctrina del *collateral estoppel* que amplía el alcance de la prohibición. En efecto, según la Corte Suprema Federal estadounidense la prohibición constitucional de *double jeopardy* impide debatir nuevamente ciertas cuestiones de orden fáctico-probatorio definidas en el primer juicio que son decisivas e idénticas para todos los juicios sucesivos²⁵¹.

c) ¿Qué resoluciones tienen efecto de cosa juzgada material?

Otro problema muy relevante en la discusión sobre la cosa juzgada es el de determinar a qué tipo de decisiones jurisdiccionales en materia penal cabe reconocerles efecto de cosa juzgada material. En este sentido cabe empezar por los dos extremos. Primero, la resolución a la que unánimemente se le reconoce ese efecto es la sentencia en sentido estricto. Una vez firme, la sentencia constituye sin dudas la resolución que expresa más acabadamente la potestad de juzgar. En ella

idem, con lo cual el segundo proceso sería inválido. Sin embargo, también se mencionó allí que es posible una cierta conexión entre objetos procesales que no impida necesariamente una doble sanción (caso de varias muertes producidas con una única descarga de fusil). En casos así, algunos autores prefieren hablar una relación de cierta interdependencia dada por la conexidad probatoria más que de efecto de cosa juzgada. Así por ejemplo CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada* . . . págs. 167 a 182.

²⁵¹ Ver *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970). Es importante aclarar de todos modos que en la jurisprudencia norteamericana esta cuestión del *collateral estoppel* se discute en el marco de los alcances del *double jeopardy* de la quinta enmienda en general, y no como una emanación concreta de la cosa juzgada distinguida de las vertientes procesal y sustantiva de la prohibición como se ha hecho aquí.

se decide sobre el fondo del caso luego de valoradas todas las pruebas producidas, en un momento en que el imputado ha debido afrontar ya los avatares del proceso completo.

El otro extremo son las resoluciones de mérito respecto del imputado tomadas en el proceso, en las que se decide la continuidad del trámite. Resulta evidente que la decisión de mantener vinculado al imputado al juicio es algo que eventualmente puede modificarse en un momento posterior. Resoluciones de ese tenor no alcanzan a tener relevancia suficiente desde la perspectiva concreta de la cosa juzgada dado que no resuelven nada de manera definitiva, sin perjuicio de que la sola existencia del proceso en el que ellas se hayan dictado pueda obstaculizar una persecución penal posterior en la misma jurisdicción mediante planteos de litispendencia.

Más problemático resulta en cambio establecer si deben tener efecto de cosa juzgada material las decisiones de clausurar el proceso tomadas antes de la sentencia propiamente dicha, que obviamente tienen un sentido liberatorio para el acusado. La dificultad radica en que las soluciones dadas a esta cuestión varían mucho en los diferentes sistemas jurídicos. En efecto, según la configuración del proceso penal es posible encontrar diferencias entre las distintas decisiones de desvincular al imputado del proceso previas a las sentencia. Esas diferencias pueden estar dadas: a) por el órgano que decide; b) por el fundamento de la decisión; c) por la etapa del proceso en la que se dan y; d) por la definición sobre su carácter provisorio o definitivo establecido en las disposiciones legales.

En relación con el órgano que decide, es posible que según como esté estructurado un proceso las decisiones de desvincular al imputado las tome todas un juez, o algunas un juez y otras otro órgano como el fiscal. Así por ejemplo en algunos sistemas procesales en los que el fiscal dirige la investigación previa al juicio, tiene también facultades para decidir no continuar la persecución con base en criterios de oportunidad. Según como sea el ordenamiento, es posible que ni siquiera se pronuncie sobre ello sino que se limite a abandonar o bien a no iniciar una investigación. También es posible que deba formal-

mente pronunciarse porque la ley así lo establece. Otro tanto puede ocurrir con la desestimación de una denuncia por inexistencia de delito, que en algunos ordenamientos es decisión del fiscal. En cambio, en otros sistemas jurídicos en los que el juez dirige la etapa previa al juicio, es el mismo magistrado el que decide sobre las desestimaciones, archivos y sobreseimientos. Conforme este criterio, lo más razonable parecería ser que el efecto de cosa juzgada material corresponda a las decisiones jurisdiccionales y no a las de ambos órganos, pues es en general el Poder Judicial el que está llamado a resolver las controversias de manera irrevocable y definitiva.

La diferenciación por el fundamento de la decisión tiene que ver con que la posibilidad de desvincular a un imputado del proceso puede darse por motivos que hacen al fondo del asunto (inexistencia del hecho como tal, no autoría del imputado, atipicidad, no antijuridicidad, ininputabilidad, etc.), o por motivos definitivos o no que hacen al ejercicio de la acción (distintos supuestos de extinción, criterios de oportunidad, suspensión a prueba, imposibilidad de proceder en los casos de funcionarios públicos que requieren destitución previa, proceso que requiere acción privada o instancia privada y se inició erróneamente por acción pública, etc.). Desde esta perspectiva, se suele atribuir más comúnmente el efecto de cosa juzgada material en función de que la decisión se pronuncie sobre el fondo o declare de manera definitiva la extinción de la acción.

Tomar en consideración la etapa del proceso en la que se toma la decisión implica en buena medida conectar el efecto de cosa juzgada material negativa con la concepción del *ne bis in idem* como doble riesgo, es decir con su vertiente procesal. Esto es lo que ha ocurrido en la evolución de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos con la idea de *jeopardy attachment*, como se dijera en este mismo capítulo al hablar de la distinción básica entre la vertientes material y procesal del *ne bis in idem*.

Finalmente, tomar en consideración lo que diga la ley implica fijarse si el ordenamientos jurídico define expresamente el carácter provisorio o definitivo de la decisión liberatoria, y atribuir el efecto de

cosa juzgada conforme esa previsión legal. En efecto, la suspensión del juicio a prueba, el sobreseimiento provisional, o el archivo por imposibilidad de proceder (como podría ser el caso de los funcionarios públicos para cuyo sometimiento a proceso el ordenamiento requiera previamente algún procedimiento especial de remoción) son ejemplos de resoluciones cuyo carácter provisorio resulta de los mismos textos legales. Hay en cambio otras decisiones que la misma ley llama definitivas o bien les atribuye expresamente el efecto de cosa juzgada. De todos modos la capacidad de rendimiento de este criterio resulta limitada, pues puede haber cierto tipo de decisiones sobre las cuales la ley procesal no se pronuncie claramente, y sea necesario recurrir a otras pautas para definir la cuestión. Además, si se mantiene que el respeto de la cosa juzgada penal en conjunción con las dos vertientes del *ne bis in idem* es una exigencia constitucional, podría darse el caso de que el carácter provisional otorgado a ciertas resoluciones por la ley procesal no sea compatible con la Constitución²⁵².

Conviene detener aquí esta exposición inicial sobre las diferentes manifestaciones sustantivas y procesales del *ne bis in idem*. Seguidamente, al analizar los fundamentos de esas vertientes y también en los capítulos siguientes, al analizar críticamente el estado de la cuestión en los instrumentos internacionales seleccionados para este trabajo, se expresarán otros puntos de vista propios sobre esta problemática.

²⁵² Así, en se ha puesto en duda la validez constitucional de los llamados sobreseimientos provisionales previstos en varios sistemas procesales. Sobre este tema véase VILLAMARIN LÓPEZ, María L., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Ramón Areces, Madrid, 2003.



CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DEL *NE BIS IN IDEM*

A) SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PROHIBICIÓN EN GENERAL

1) PLANTEAMIENTO DE UN PROBLEMA: LA MULTIPLICIDAD DE PROPUESTAS FUNDAMENTADORAS

La prohibición de *bis in idem* está, como quedara dicho, presente en los ordenamientos constitucionales de numerosos Estados y además en diversos instrumentos internacionales. En esa diversidad se advierten dificultades a la hora de establecer sus alcances. Hay diferencias entre la forma de entender la garantía entre un Estado y otro, pero también discrepancias sobre sus alcances dentro de un mismo ordenamiento. En ese contexto, y dado que el análisis que aquí se emprende apunta a estudiar las manifestaciones internacionales de la prohibición, parece importante determinar cuáles son sus fundamentos, pues a partir de una toma de postura a este respecto se debería asumir coherentemente una cierta configuración, o al menos un cierto número de configuraciones posibles del *ne bis in idem*, dentro de lo que permitan también los textos positivos. Es en definitiva a partir de una cierta toma de posición acerca de los fundamentos que se puede luego emprender coherentemente la interpretación de los textos vigentes y el análisis crítico de las interpretaciones de los diferentes Tribunales y demás órganos de aplicación. Sin embargo, se advierte ya en este punto una importante dispersión de referencias a unas cuantas fundamentaciones posibles.

A continuación se desarrollará brevemente el Estado de esta discusión en Argentina y en España, que ejemplifican muy bien la multiplicidad de fundamentos presentados como posibles bases de la prohibición de *bis in idem*. La elección de estos ordenamientos merece una aclaración, pues este trabajo está orientado principalmente a las manifestaciones de la prohibición en el Derecho Internacional y no en sistemas jurídicos nacionales. Sin embargo, en ninguno de los ordenamientos internacionales cuyo estudio pormenorizado se abordará luego en los capítulos IV a VIII la discusión sobre los fundamentos ha ocupado un lugar preponderante.

Parecería que la consagración escrita de la prohibición dentro del conjunto de las llamadas garantías del debido proceso o del proceso equitativo en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 4 del Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos expresa una cierta toma de posición sobre el fundamento que los instrumentos en cuestión le asignan. Esto podría explicar por qué los órganos de aplicación correspondientes no han intentado desarrollar la cuestión. En cambio en los países mencionados, que carecen de una consagración expresa de la prohibición en sus textos constitucionales, los tribunales se han visto obligados a un esfuerzo de fundamentación mayor para poder afirmar su vigencia.

En cambio, la falta de referencias relevantes a los fundamentos de la prohibición en los sistemas internacionales impide conocer en última instancia por qué motivo los órganos de aplicación interpretan la garantía con mayor o menor alcance según los casos y podría ser razonablemente considerada la causa de ciertos déficits de argumentación²⁵³. La intensidad del debate en los ordenamientos nacionales ele-

²⁵³ En efecto, en la adopción de posiciones sobre problemas tales como por ejemplo el concepto de sentencia firme, la extensión de la prohibición al ámbito administrativo sancionador, la extensión que cabe acordar a las vertientes sustancial y procedimental, y las excepciones admisibles que se analizarán luego en los capítulos IV a VIII, se echa de menos muchas veces un desarrollo más profundo de los fundamentos del *ne bis in idem*.

gidos aquí para ejemplificar la cuestión (sobre todo en España) ayuda entonces a pensar con mayor profundidad en el sentido y alcance de la prohibición y su vinculación con otras reglas y principios del Derecho Penal, para poder luego estructurar las soluciones interpretativas con mayor consistencia.

a) Primer ejemplo: Los fundamentos del *ne bis in idem* en la discusión Argentina

Un ejemplo de fundamentación de la garantía a partir principios y valores jurídicos de lo más variados lo constituye la jurisprudencia constitucional argentina. El primer problema con que se enfrenta el aplicador local es, como quedara dicho, que la prohibición de *bis in idem* no está recogida expresamente en el texto de la Constitución Nacional. Recién con la reforma de 1994 diversas formulaciones del *ne bis in idem* adquirieron jerarquía constitucional por obra del art. 75 inc. 22 que les reconoce ese carácter a un conjunto de instrumentos internacionales de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos que sí recogen la prohibición expresamente. De todos modos, ella había obtenido previamente el reconocimiento de su carácter constitucional por vía jurisprudencial. La primera vez que la Corte Suprema se refirió claramente a sus fundamentos fue en el fallo *Mattei*²⁵⁴. En este recordado caso se discutía la situación de una persona que alegaba que se había violado su derecho de defensa en juicio por cuanto, encontrándose el proceso que la involucraba en situación de ser fallado por el tribunal de segunda instancia, en lugar de dictarse sentencia definitiva se decidió declarar la nulidad de todas las actuaciones a partir del cierre del sumario, sobre la base de que el instructor no había agotado la investigación. En otras palabras, habiendo ya transcurrido todo el plenario sin que ninguna de las partes opusiera objeciones a lo entonces actuado, y luego de dictarse sentencia de

²⁵⁴ CSJN, caso *Mattei*, sentencia de 29 de noviembre de 1968, en *Fallos* 272:188.

primera instancia, el Tribunal de alzada, al que se llegó por vía de apelación, ordenó retrotraer las actuaciones a la etapa de instrucción.

Aunque no era el la prohibición de *bis in idem* el núcleo de la discusión en este caso, la Corte estableció cierta conexión entre la cuestión debatida y la prohibición. Así, en el considerando décimo se dijo:

“10) Que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de **seguridad jurídica** y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; **pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal.**”

Aquí la Corte hizo expresa su convicción de que ciertas normas procesales fundadas en la seguridad jurídica tienen su última razón de ser en la necesidad de que el estado de sospecha no dure indefinidamente, cuestión esa última que se presenta como aspecto equivalente al respeto de la dignidad humana. Resulta pues patente que se excluye una consideración meramente formal de las garantías procesales al destacarse que más allá de la seguridad jurídica, lo fundamental (la Corte dice lo esencial) es el respeto de la dignidad de la persona humana.

En la misma decisión, en el considerando décimo quinto, la Corte relacionó directamente este aspecto de la dignidad del hombre y el *ne bis in idem*, estableciendo que la decisión cuestionada afectaba al imputado por cuanto:

“... sin falta de su parte, lo obliga a volver a soportar todas **las penosas contingencias propias de un juicio criminal**, inclusive



la prisión preventiva; y con desmedro, a la vez, del fundamento garantizador -como tal de raigambre constitucional- **que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal vinculados con el problema en debate, cuales son el del ‘non bis in idem’ . . .**”

En resumen aparecen en el fallo *Mattei* las nociones de seguridad jurídica y dignidad humana como fundamentos de la prohibición de *bis in idem*, conectadas por una cierta idea de proporcionalidad. En posteriores fallos de la Corte se fue consolidando de manera más contundente la jerarquía constitucional de la prohibición²⁵⁵.

A modo de síntesis de esa evolución, la misma Corte ha sumariado recientemente su jurisprudencia anterior en el fallo *Mazzeo*²⁵⁶. En este fallo se expresaron dos líneas de fundamentación de la garantía. La primera tiene que ver con la cuestión específica de la cosa juzgada en materia penal. A este respecto la Corte afirmó:

“[L]a estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la **seguridad jurídica**, es exigencia de **orden público**, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional²⁵⁷.”

Se advierten aquí entonces dos referencias explícitas a la seguridad jurídica y al orden público como fundamentos del aspecto de “cosa juzgada”. Pero explicó la Corte a continuación que la cosa juzgada se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de doble persecución penal, pues ambas están estrechamente vinculadas en cuanto su objeto y fin. En relación con esta segunda dimensión, la de

²⁵⁵ Ver CSJN en *Fallos* 292:202, 298:736, 299:221, 300:1272, 302:210, 305:246, 308:1678, 311:1451, 314:377 entre otros.

²⁵⁶ CSJN, Causa M. 2333. XLII., caso *Mazzeo*, sentencia de 13 de julio de 2007 (no publicada en la colección oficial de fallos hasta el momento).

²⁵⁷ *Idem*. Considerando 33 del voto de la mayoría y fallos allí citados.



prohibición de doble persecución, la Corte sostuvo que su propia jurisprudencia:

“ha sido inspirada en la de su par norteamericana (Fallos: 299:221; dictamen del señor Procurador General en Fallos: 298:736). Ello lo fue incluso al definir su objeto que es ‘impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad’ (. . .).”²⁵⁸.”

En línea con lo primeramente expresado en *Mattei*, esta argumentación remite literalmente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁵⁹ y condensa el sentido último que la cláusula del *double jeopardy* tiene en aquel país. Si bien en *Mazzeo* no se menciona expresamente a la dignidad humana, resulta por lo menos claro que se intenta fundar la prohibición de enjuiciamiento múltiple en la gran desproporción existente entre el poder del Estado y el poder del individuo, y en la idea de que es inaceptable el sometimiento de la persona a un trato que implique para ella una permanente perturbación y exposición al riesgo penal. En definitiva la Corte Argentina advierte dos manifestaciones distintas pero vinculadas del *ne bis in idem*: 1) efecto de cosa juzgada, 2) prohibición de doble persecución. Para fundamentarlas remite sin más a nociones generales de seguridad jurídica, dignidad humana y orden público. A eso deben sumarse consideraciones que aparecen en otros fallos relativas a que se trata de una manifestación del debido proceso legal²⁶⁰, o también de una garantía de seguridad individual propia de un Estado de Derecho²⁶¹.

²⁵⁸ *Idem*. Considerando 34.

²⁵⁹ Particularmente los clásicos fallos *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957) págs. 187-188 y *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969) págs. 795 y sigtes.

²⁶⁰ CSJN, en Fallos: 258:220; 272:188; 292:202; 308:1678; 310:360; 311:67; 311: 1451; 314:377; 315:2680 y 316:687, entre muchos otros.

²⁶¹ CSJN, caso *Videla*, sentencia de 21 de agosto de 2003, en Fallos 326:2805, voto de la mayoría.

b) Segundo ejemplo – Primera parte: Los fundamentos del *ne bis in idem* en el debate español desde la Constitución de 1978

Un segundo e importante ejemplo de las dificultades existentes para establecer los fundamentos de la prohibición lo constituye sin dudas el debate español. El texto de la Constitución española de 1978, al igual que lo señalado oportunamente respecto de la Constitución Argentina, no contiene ninguna referencia expresa al *ne bis in idem*. Sin embargo el Tribunal Constitucional de aquel país tiene ya una jurisprudencia consolidada según la cual la prohibición se extrae primariamente del art. 25 de la Constitución que consagra en su apartado primero la legalidad penal. La primera sentencia donde el Tribunal realizó esta interpretación es la 2/1981, en cuyo fundamento jurídico n° 4 se explicó por qué se eligió este anclaje constitucional para la prohibición, y se establecieron sus alcances de un modo que signó en buena medida toda la jurisprudencia posterior sobre la cuestión. Los términos utilizados, que conviene transcribir aquí, fueron los siguientes:

“4. El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Como veremos más tarde, no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos releva de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del



artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.^{262,}

Como puede verse, esta sentencia trata la garantía más que nada en relación con la posibilidad de se impongan a una persona, por un único hecho ilícito, tanto una sanción administrativa como una penal. Pero en lo que ahora interesa, cabe destacar que el Tribunal Constitucional reconoció con claridad en los párrafos transcritos que el *ne bis in idem* carece de consagración explícita en la Constitución de 1978. Sin embargo, esa ausencia no le ha impedido considerarlo como una garantía con jerarquía constitucional cuya vulneración permite a quien la sufre acceder ante el mismo Tribunal por vía de amparo²⁶³. Se habla de la garantía en estudio como de un “principio general del derecho” implícito en el art. 25 de la Constitución.

Para justificar la inclusión del *ne bis in idem* en la disposición constitucional antes señalada, el Tribunal ha utilizado dos argumentos. Por un lado ha dicho que la garantía está íntimamente unida a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, y por otro que la actual tendencia legislativa española propende a su consagración. Este último argumento no es el decisivo. Obviamente el hecho de que una o varias leyes infraconstitucionales recojan la garantía no permitiría concluir en que la Constitución lo hace. A lo sumo, a partir de la consagración del *ne bis in idem* en esas otras leyes se podría tratar de afirmar la existencia de un principio no positivizado, o bien buscar la

²⁶² STC, Sentencia 2/1981, de 30 de enero de 1981, fundamento jurídico 4.

²⁶³ Se trata en definitiva de una garantía que goza de una tutela judicial reforzada, pero que además resulta de aplicación directa e inmediata (no requiere de recepción legislativa adicional), vincula a todos los poderes públicos y, tras la consagración de la Constitución de 1978, debe considerarse abrogada toda disposición normativa que sea contraria a ella. Por todos véase ESCUCHURI AISA, ob. cit., pág. 122.

vinculación con alguna norma constitucional preexistente cuyo texto admita una reinterpretación de ese tenor. Eso nos lleva necesariamente a considerar con más detenimiento el primer argumento del Tribunal Constitucional: ¿Está realmente el *ne bis in idem* tan emparentado con el principio de legalidad y tipicidad en materia sancionatoria como para justificar su inclusión en el art. 25? La conexión no es evidente, y la cuestión ha sido muy discutida por la doctrina. Pero antes de entrar en esa discusión conviene tomar en cuenta que, para fortalecer este punto de vista, el Tribunal Constitucional citó, en el párrafo transcrito, la autoridad de los diputados que intervinieron en el debate del anteproyecto de la Constitución actualmente vigente. En efecto, señaló el Tribunal que la estrecha conexión entre legalidad y *ne bis in idem* fue tomada en consideración por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al excluir la garantía del art. 9 donde estaba originalmente prevista.

La referencia a la autoridad de los Diputados miembros de la Comisión en la que se forjó en lo esencial el texto constitucional relativo a las garantías penales llama la atención. Tal como el Tribunal Constitucional presenta su alusión en el párrafo antes transcrito, parecería que los redactores omitieron la consagración expresa de la garantía en el art. 9 precisamente por entender, tal como lo hizo luego el propio Tribunal, que ella estaba implícita en el art. 25²⁶⁴.

Sin embargo, lo único que se desprende de los debates documentados es que en un primer momento se incluyó la garantía en el art. 9, luego se la quitó de allí pensando en colocarla junto con las demás garantías penales, y finalmente se evitó conscientemente hacer ese agregado, lo cual equivale a una opción por eliminarla de manera definitiva.

²⁶⁴ La idea de que se excluyó la consagración expresa del *ne bis in idem* en el art. 9 de la Constitución porque los redactores del anteproyecto entendieron que la garantía estaba implícita en el art. 25 ha sido recogida en la doctrina por RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 282.

En efecto, no surge de las actas que documentan los primeros debates que alguno de los legisladores plantease una relación estrecha entre *ne bis in idem* y la legalidad penal como sugirió posteriormente el Tribunal Constitucional. Más bien se contentaron con subrayar la importancia de la prohibición y la necesidad de regularla de manera más expresa en el art. 24 que consagraba por entonces un conjunto de garantías penales de diverso origen y sentido (en aquel momento, el art. 24 del proyecto incluía tanto las disposiciones del art. 24 como las del art. 25 de lo que finalmente fue la Constitución Española). Más que la voluntad de excluir el *ne bis in idem* del art. 9 por considerarlo ya implícito en otra disposición, lo que se advierte en los miembros de la Comisión es el deseo de incluirlo expresamente en otro artículo, al parecer más adecuado por contener un extenso catálogo de disposiciones vinculadas con la cuestión sancionatoria²⁶⁵.

Sin embargo el *ne bis in idem* no fue a la postre incluido en ninguna parte. Resultó un problema insoluble para la Comisión dar con una fórmula que satisficiera a todos los grupos parlamentarios. Más aún si se toma en cuenta la documentada oposición del Poder

²⁶⁵ *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 1978, num. 67, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión número seis, celebrada el martes 16 de mayo de 1978, págs. 2388 a 2389. Allí el diputado Pérez-Llorca sintetizó muy bien en su intervención el consenso alcanzado expresando lo siguiente:

“En primer lugar, resumir, como se ha asumido en todo momento, el principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos, si bien ha entendido la mayoría de la Ponencia que este principio, que debe quedar consagrado en la Constitución, plantea en su redacción actual en este artículo la dificultad de deslindar determinados extremos o de excluir determinados supuestos que darían una redacción muy larga al precepto, lo que le haría difícilmente encajable en un artículo como el 9.0 y en un título como el preliminar.

Por tanto, se propone el principio de la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos (y que esta manifestación de la Ponencia conste en acta), en el artículo 24, donde quedará consagrado como tal principio y podrá ser regulado con la amplitud necesaria, para no incidir en los posibles determinados efectos negativos de una mera definición omnicompreensiva general y no matizada.”

Ejecutivo a su consagración²⁶⁶. Parecería entonces que, en la prisa por hallar un consenso que permitiese avanzar con la Constitución, aún los grupos que pretendían la inclusión de la prohibición optaron silenciosamente por sacrificarla, sin que pueda saberse a ciencia cierta qué obtuvieron a cambio²⁶⁷. Pero cualquiera haya sido la razón, puede afirmarse a partir de lo expuesto que es más retórica que adecuada la posterior apelación del Tribunal Constitucional a la voluntad del constituyente como forma de apoyar su tesis de que el *ne bis in idem*, al menos en su vertiente sustantiva, se encuentra implícito en el apartado primero del art. 25 de la Constitución Española.

La idea de que el fundamento constitucional-positivo del *ne bis in idem* en el ordenamiento jurídico español es, de manera preeminente-

²⁶⁶ La oposición se centraba sobre todo en la inclusión de las sanciones administrativas en el ámbito de aplicación de la prohibición. Así por ejemplo, el representante que intervino en las primeras discusiones expresó: “El Estado, por último, ha de ser eficaz. Ello obliga a tener mucho cuidado con posibles disposiciones utópicas, o de efectos desbordantes e incontrolados (así, por ejemplo, el principio *non bis in idem*, en el artículo 9º, que podría dejar sin efecto la potestad sancionadora de la Administración sobre sus funcionarios. . .)” *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 1978, num. 61, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión número tres, celebrada el martes 9 de mayo de 1978, pág. 2104.

²⁶⁷ Es interesante ver que en los primeros debates concretos sobre el entonces art. 24, se retomó la cuestión y se propusieron algunas fórmulas de consagración de la prohibición como enmienda. Sin embargo, los antecedentes indican que varios grupos parlamentarios, entre ellos los más numerosos, realizaron negociaciones fuera del recinto y alcanzaron un acuerdo general por el cual consensuaron el texto de unos cincuenta artículos de la Constitución. La existencia de esos pactos externos generó el rechazo de algunos grupos minoritarios que se retiraron de la Comisión como forma de protesta. Lo cierto es que, fruto amargo e inexplicable de ese acuerdo amplio, el *ne bis in idem* desapareció para siempre del texto constitucional. Cuando se retomó la discusión del apartado 3 del artículo 24, quedó constancia de que se retiraba la enmienda por la cual se sugería la incorporación de la garantía, y no se explicó en profundidad el por qué (más allá de una vaga referencia a las discusiones de la sesión previa). Véase en efecto: *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 1978, num. 71, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión número diez, celebrada el lunes 22 de mayo de 1978, págs. 2576 a 2582, y el num. 72 correspondiente a la sesión número once, celebrada el martes 23 de mayo de 1978, págs. 2586 a 2593.

te²⁶⁸, el primer apartado del art. 25 donde se consagra el principio de legalidad en materia penal, nunca ha sido abandonada por el Tribunal Constitucional²⁶⁹. Sin embargo esa posición ha sido criticada por sectores de la doctrina y por la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo. Podría decirse que la conexión estrecha entre *ne bis in idem* y legalidad es una peculiaridad de la discusión española, signada por esa primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión. Pero esa peculiaridad permite examinar las relaciones entre las diversas garantías penales y sus fundamentos.

c) Segundo ejemplo – Segunda parte: Los fundamentos del *ne bis in idem* en el debate español actual

A partir de la fundamentación dada al *ne bis in idem* por el Tribunal Constitucional, el tema ha sido arduamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia. Las posiciones existentes pueden clasificarse en tres grupos: a) Los que consideran que el art. 25, apartado 1 de la Constitución Española fundamenta expresamente de la garantía. b) Los que sostienen que existen conexiones entre legalidad y *ne bis in idem* que justifican el considerarlo implícito en esa norma. c) Los que entienden que la vinculación entre *ne bis in idem* y legalidad penal es incorrecta.

La primera posición queda ejemplificada por uno de los primeros trabajos en los que se comentó la citada sentencia 2/1981. Allí se utilizó, como argumento central, el texto del art. 25 de la Constitución en el que se expresa lo siguiente “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa”. La tesis sería que, como la Constitución utiliza la partícula “o” al final de la oración

²⁶⁸ Aunque se reconocen fundamentos adicionales al *ne bis in idem* procesal, como se verá en el apartado siguiente.

²⁶⁹ Entre las resoluciones más recientes donde se pronunció sobre la garantía véase STC, sentencia 334/2005, de 20 de diciembre de 2005, fundamento jurídico 2.

transcripta, está imponiendo la prohibición de que una misma conducta sea tipificada o sancionada a la vez como delito “y” falta, o como delito “e” infracción, o como falta “e” infracción²⁷⁰. Sin embargo este no es un argumento concluyente, pues la partícula “o” tanto puede tener un valor disyuntivo como enumerativo. El contexto de la frase sugiere que se trata simplemente de una enumeración orientada a reconocer el principio de legalidad tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador. Además, si se quisiera ser coherente con este argumento hasta sus últimas consecuencias, se llegaría a la absurda conclusión de que una misma conducta solo podría ser recogida por el legislador como delito, como falta, o como infracción, pero no como más de una de ellas. Ello no ocurre en ningún ordenamiento jurídico. Por ejemplo, los casos de concurso de leyes, o de concurso ideal de delitos son todos supuestos en los que una misma conducta queda atrapada por dos o más normas penales.

La existencia de una cierta duplicidad de normas sancionadoras es hasta cierto punto inevitable, y ciertamente no ha sido nunca considerada como prohibida por el *ne bis in idem*²⁷¹. Por lo demás semejante consecuencia tampoco es sostenida actualmente por el Tribunal Constitucional, que en algunos casos ha llegado hasta a admitir la imposición de una sanción administrativa y luego de una penal (en ese orden) en la medida en que al imponer la segunda se tome en cuenta la

²⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas. Madrid, 1981, pág. 245.

²⁷¹ En efecto, sería absurdo sostener por ejemplo que un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena deba ser solo un hurto, o solo un robo, pero que esté prohibido tipificarlo de las dos maneras (arts. 162 y 164 del Código Penal Argentino). Igualmente absurdo sería afirmar que está prohibido crear normas que sancionen las infracciones de tránsito solo porque tales infracciones integran, en algunos casos, la tipicidad del delito de homicidio culposo. Esta crítica ha sido planteada con claridad en la doctrina española entre otros por DEL REY GUANTER, Salvador, *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de publicaciones, Madrid 1990, pág. 125, donde señala: “Lo que el principio *non bis in idem* está vedando es que un mismo hecho sea doblmente sancionado, no que sea doblemente tipificado administrativa y penalmente.”

primera²⁷². En síntesis, de la literalidad del texto del apartado primero del art. 25 de la Constitución no surge de manera evidente la prohibición de *bis in idem* como se sugiere según esta primera posición.

El segundo punto de vista parece ser el mayoritario, y presenta un amplio arco de variantes que va desde los que toman a la legalidad en materia penal como el fundamento principal del *ne bis in idem*²⁷³, hasta los que le atribuyen a la legalidad una cierta vinculación pero más secundaria derivándose la garantía fundamentalmente de otros principios generales como el de seguridad jurídica²⁷⁴, el de estado de derecho²⁷⁵, el de dignidad humana, o el de proporcionalidad²⁷⁶ (muchas veces combinados²⁷⁷). No es del caso desarrollar ahora esas pro-

²⁷² Véase por todas STC en pleno, sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003, fundamento jurídico 2. Sobre esta cuestión se volverá luego al analizar la relación entre *ne bis in idem* procesal y material en el ordenamiento español.

²⁷³ Esta sería en realidad la posición en la que mejor cuadran los argumentos del Tribunal Constitucional en la sentencia 2/2003 antes citada. Asimismo QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Ne bis in idem*: Significados constitucionales”, en AAVV. *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. Juan del Rosal*, EDERSA, Madrid, 1993, págs. 885 a 903. En particular en pág. 891 se señala que “(e)n realidad el *ne bis in idem* no es más que la manifestación más primera y genérica del principio democrático de proporcionalidad en sede del principio de legalidad”.

²⁷⁴ Véase, entre otros, DE LEÓN VILLALBA, Francisco J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Bosch. Barcelona, 1998, págs. 401 a 447, donde se desarrolla el tema de la seguridad jurídica en relación con la garantía y se señala la limitada incidencia del principio de legalidad.

²⁷⁵ Así por ejemplo RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 283.

²⁷⁶ Véase por ejemplo BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario” en *Revista del Poder Judicial*, n° 51. Tercer trimestre Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 303 a 376, en especial apartado II.3. Para este autor la vertiente procesal del *ne bis in idem* tiene su fundamento último en la vertiente material, y esta a su vez en los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

²⁷⁷ Así, PÉREZ MANZANO (ob. cit. págs. 71 y 72), donde la autora, siguiendo a diferentes autores alemanes, reconoce para la vertiente material el fundamento en los principios del estado de derecho, y en ese marco el reconocimiento de la dignidad humana, la libertad y aún la seguridad jurídica como garantía material. Por su

puestas de fundamentación material, su pertinencia se verá en todo caso luego al exponer el propio punto de vista sobre los principios sobre los que se asienta la prohibición en estudio. Lo que sí interesa destacar aquí es la vinculación que, según esta perspectiva intermedia, tienen la prohibición de *bis in idem* y la legalidad penal en el ordenamiento español, pues ello es lo que en última instancia justifica que se extraiga la garantía del art. 25 de la Constitución.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden encontrar varias referencias a esas relaciones. Buen ejemplo de ello lo constituye la sentencia 2/2003 del Tribunal en pleno, pues allí se cita su jurisprudencia anterior más relevante. En efecto, en dicho pronunciamiento se lee:

“La garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente²⁷⁸.”

Lo primero que surge del párrafo transcrito es que, si no existiese prohibición de *bis in idem*, perdería parte de su eficacia el principio de legalidad. En efecto, el Tribunal parece entender que, si un hecho se sanciona repetidas veces, el ciudadano ya no puede conocer de antemano cuál será la reacción punitiva estatal por los ilícitos cometi-

parte GARCÍA ALBERO, ob. cit., pág. 25, nota 6, habla de estado de derecho, justicia material, seguridad jurídica y dignidad de la persona entre los fundamentos del *ne bis in idem* procesal.

²⁷⁸ STC en pleno, sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003, fundamento jurídico 3, a).

dos. En otras palabras, la relación estaría dada por cierta consideración del principio de legalidad en su formulación más clásica que remite a la finalidad preventivo general de la pena.

Asimismo en el párrafo transcrito se conecta esta idea del “conocimiento anticipado” con lo que sería una sanción “desproporcionada” del ilícito. Sin embargo esto no implica que el Tribunal Constitucional vincule la garantía en estudio con el principio de proporcionalidad considerado autónomamente (fuera del marco de la legalidad penal). Antes bien, parecería que a criterio del Tribunal lo problemático de la múltiple imposición de sanciones es que permite superar el marco de la pena legal prevista por el legislador. En definitiva, la “reacción punitiva desproporcionada” de la que habla al comienzo del párrafo transcrito se ciñe más que nada al “juicio de proporcionalidad realizado por el legislador” del que se habla al final, y no tanto (al menos no de manera clara) a la proporción entre pena y culpabilidad en el caso concreto²⁷⁹.

La tercera posición, es decir la que considera que la vinculación entre *ne bis in idem* y principio de legalidad es incorrecta, aparece bien ejemplificada en la sentencia 380/2003 del Tribunal Supremo. Allí se expresó con claridad un punto de vista distinto a pesar de reconocerse que el Tribunal Constitucional ha afirmado esa relación. De este modo se afirmó:

²⁷⁹ Esta insistencia en relacionar *ne bis in idem* y legalidad penal ha sido cuestionada, como se verá enseguida. Es por eso que el Tribunal Supremo ha querido ver en la referencia a “proporcionalidad” contenida en la sentencia 2/2003 un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional. Concretamente el Supremo ha dicho: “. . . el Tribunal Constitucional en su STC 2/2003 ha concluido por modificar de hecho su doctrina (. . .) ya no es el principio de legalidad penal del art. 25. 1 CE el fundamento que explica las decisiones respecto del alcance, en el ámbito nacional, del principio *ne bis in idem*”(TS, Sala 2da., Sentencia 380/2003, de 22 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 4). Sin embargo el Tribunal Constitucional ha insistido posteriormente en esa relación afirmando que: “La STC 2/2003, de 16 de enero, resumió y no rectificó en este punto la doctrina expuesta” (STC, sentencia 180/2004, de 2 de noviembre de 2004, fundamento jurídico 5).



“Es claro, sin embargo, que ninguna de las consecuencias que el propio Tribunal Constitucional ha deducido del principio de legalidad en diversas sentencias resultará afectado en lo más mínimo por la imposición de una nueva sanción. Un nuevo enjuiciamiento del mismo hecho no contraviene ni la exigencia de *lex praevia*, ni de *lex scripta*, ni de *lex certa*, ni de *lex stricta*, toda vez que esta renovación del juicio, según una ley vigente para el caso en cuestión, no constituye una aplicación retroactiva de la ley, tampoco la aplicación de un texto carente de determinación o de un texto ampliado analógicamente. También es claro que desde sus más antiguas formulaciones el principio de legalidad nunca ha sido vinculado con la prohibición de un nuevo enjuiciamiento²⁸⁰.”

Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo repasa las principales consecuencias del principio de legalidad en materia penal, y concluye en que ninguna de ellas se ve necesariamente afectada por la sola imposición de una nueva sanción o por un segundo enjuiciamiento. Asimismo se destaca el carácter ajeno de la legalidad penal en sentido estricto a la evolución de la prohibición desde sus primeras manifestaciones. La crítica es consistente. La conexión que el Tribunal Constitucional establece entre ambas prohibiciones es, en definitiva, demasiado colateral. Resulta perfectamente posible que una persona sea sancionada no una sino cinco veces seguidas por unos mismos hechos ante órganos administrativos y judiciales distintos y que la suma de tales sanciones nunca supere el máximo legal previsto por el legislador. El hecho de que tal límite se vea superado en algún caso de sanción múltiple es meramente incidental, pues en la práctica la prohibición de *bis in idem* opera independientemente de que se supere el tope. Siendo ello así, resulta muy difícil sostener una conexión estrecha entre el principio de legalidad penal y el *ne bis in idem*²⁸¹. Más patente

²⁸⁰ TS, Sala 2da., Sentencia 380/2003, de 22 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 4.

²⁸¹ De todos modos es posible pensar aún en otras conexiones entre legalidad penal y *ne bis in idem* sustantivo. Así por ejemplo, se ha sostenido que cuando el hecho ha sido sancionado una vez pasa a ser atípico, y por ello la segunda sanción vulnera el principio de legalidad (Véase PÉREZ MANZANO, ob. cit., pág. 73, en parti-

resulta ello con relación a la vertiente procesal de la prohibición. En efecto, para quien fue previamente absuelto o sobreseído la sanción recibida en el segundo proceso es la primera, con lo cual no hay aquí una suma que pueda afectar el “juicio de proporcionalidad realizado por el legislador”.

No obstante lo dicho, en refuerzo de la posición del Tribunal Constitucional se ha sostenido que si bien del tenor literal del art. 25 de la Constitución no surge estrictamente la prohibición de *bis in idem*, no sería ilegítima una interpretación amplia que la incluya en la medida en que tanto ella como el “derecho a la legalidad sancionadora” tienen un fundamento común²⁸². Es evidente que la comprensión actual del principio de legalidad por parte del Tribunal Constitucional y buena parte de la doctrina española implica concebirlo como la base del conjunto de garantías constitucionales sustantivas del derecho sancionador²⁸³.

Dentro del catálogo de derechos y garantías susceptibles de amparo que consagra la Constitución Española no hay una norma que reconozca expresamente derechos implícitos. Las disposiciones de los artículos 1 a 10, cuya textura más abierta posibilitaría una interpretación teleológica por la que se reciban algunas garantías básicas de generalizado reconocimiento en el derecho comparado e internacional

cular el texto de la nota 87). Pero aún aceptando esta vinculación, no es patente que se esté ante un fundamento de la prohibición, más bien podría tratarse de una consecuencia. Es decir, si la segunda sanción recae sobre un hecho no punible en tanto ya ha sido castigado es la existencia de la prohibición de *bis in idem* la que permitiría afirmar que el mismo hecho ya no es punible. A partir de allí se puede construir dogmáticamente un supuesto de atipicidad, y no a la inversa.

²⁸² Así, PÉREZ MANZANO, ob. cit., pág. 83, para quien el punto de contacto es que tanto la legalidad como el *ne bis in idem* se asientan en la seguridad jurídica y la proporcionalidad de las sanciones.

²⁸³ Así se ha llegado a señalar que la ubicación del *ne bis in idem* en el art. 25, apartado 1 de la Constitución española implica entenderlo en conjunción con los principios generales de la Constitución, y por lo tanto abrir las puertas a una progresiva ampliación de su contenido (Véase QUERALT JIMÉNEZ, “*Ne bis in idem*: Significados . . .”, págs. 888 y 889).

como el *ne bis in idem*²⁸⁴, operan solo como principios generales pero no están alcanzadas por esa protección reforzada. Por eso es más entendible la preocupación del Tribunal Constitucional por dotar de un fundamento propio al *ne bis in idem* dentro del conjunto de garantías penales que sí son susceptibles de amparo. La opción por el art. 25 resulta entonces explicable a partir de esta situación.

Sin embargo, es discutible que una norma constitucional cuyo texto consagra una prohibición en términos tan específicos como el art. 25, apartado 1, pueda contener implícita en ella todas las garantías con las que comparta fundamentos. Lo más adecuado sería extraer la prohibición de *bis in idem* de una norma cuya formulación más general permitiese sin forzamientos derivarla de allí. En este sentido, el art. 24 presenta una redacción más amplia susceptible de abarcar la garantía en estudio. En efecto, en el apartado 2 se habla del derecho a un proceso con todas las garantías. La referencia genérica a “garantías” posibilita una interpretación amplia y abarcativa de todas aquellas que son fundamentales para el adecuado respeto de la persona en el marco de un proceso penal, ya sea sustantivas como procedimentales.

Lo antedicho se podría objetar diciendo que el artículo 24 tiene en general un sesgo procesal, por lo que resulta insuficiente para fundar la vertiente sustantiva de la prohibición. Sobre ello se volverá luego, al analizar la conexión entre *ne bis in idem* y proceso equitativo. No obstante, cabe anticipar ahora que la idea general de proceso con las debidas garantías o proceso equitativo incluye, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tanto garantías procesales como garantías sustanciales y, como se verá en los capítulos IV a VI de este trabajo, es entendido por los órganos internacionales co-

²⁸⁴ Por ejemplo el art. 9 que menciona la seguridad jurídica, o el art. 10 que habla en términos generales de la dignidad humana y los derechos que le son inherentes.



mo el contexto normativo natural de ambas vertientes del *ne bis in idem*²⁸⁵.

La anterior referencia a los Derechos Humanos no es de menor importancia a la hora de interpretar la Constitución Española, puesto que su art. 10, apartado 2, dispone lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” En concreto, el art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del cual España es parte, regula en su punto 7 ambas vertientes del *ne bis in idem* y es precisamente entendido como el conjunto de disposiciones relativas a un proceso con las debidas garantías²⁸⁶.

Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional ha acabado por reconocer que al menos la vertiente procedimental del *ne bis in idem* se extrae más bien del art. 24 en conjunción con el art. 25 de la Constitución Española. En efecto, en la ya citada sentencia plenaria 2/2003 expresó:

“Esta prohibición dirigida al Estado de no someter a los ciudadanos a un doble o ulterior procedimiento sancionador por los mismos hechos con el mismo fundamento, una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador — administrativo o penal—, constituye uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que la Constitución impone como inherente al derecho a ser sancionado en el marco de un procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a no ser sancionado si no es en las condiciones estatuidas por la ley y la Constitución (art. 25.1 CE). Poderosas razones ancladas en el principio de seguridad jurídica (art.

²⁸⁵ En relación con el sistema europeo de Derechos Humanos véase capítulo V, puntos A.1. y A.3., y en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos véanse en el capítulo VI los puntos A.1. y A.3.

²⁸⁶ Es interesante verificar además que el principio de legalidad se haya regulado en este Pacto en el art. 15, separado de la mayoría de las garantías procesales y sustantivas, es decir separado del *ne bis in idem*.

9.3 CE) y en el valor libertad (art. 1.1 CE) fundamentan dicha extensión de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*²⁸⁷.”

En definitiva, interpreta el Tribunal Constitucional que el sustrato positivo básico del *ne bis in idem* es el art. 25.1 de la Constitución donde se consagra el llamado “derecho a la legalidad en materia sancionadora”. Para el *ne bis in idem* procesal cabe considerar esa norma básica en conjunción con el art. 24.2, que expresa la idea de un proceso con todas las garantías. Finalmente, esos dos núcleos de fundamentación se conectan con el principio de seguridad jurídica y con la libertad (a la que se la califica como un valor), que operarían entonces como los fundamentos últimos de la prohibición. Si bien la insistencia de la conexión entre *ne bis in idem* y legalidad resulta dudosa²⁸⁸, este modo de presentar la cuestión pone de manifiesto que es posible pensar en algunas particularidades a la hora de fundamentar una y otra vertiente de la prohibición.

2) EL FUNDAMENTO DEL *NE BIS IN IDEM* EN EL CONTEXTO GENERAL DE LOS LÍMITES AL PODER DEL ESTADO: DIGNIDAD HUMANA Y ESTADO DE DERECHO

Hablar del fundamento del *ne bis in idem* es preguntarse sobre la base de qué valor, principio o regla corresponde limitar la potestad penal del Estado impidiéndole juzgar o castigar más de una vez a una persona determinada por un único hecho delictivo. Si se tomara como punto de partida la negación de la Potestad Penal esta pregunta no tendría sentido, pues desde esa perspectiva toda sanción penal es un

²⁸⁷ STC en pleno, sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003, fundamento jurídico 8.

²⁸⁸ Salvo que se entienda la legalidad en un sentido más amplio de sujeción a la ley, aspecto que de todos modos no es el que consagra en la norma en cuestión que cubre un campo mucho más acotado.

mal no justificable²⁸⁹. Con esto se quiere señalar que hablar sobre el *ne bis in idem* implica asumir en alguna medida, aunque más no sea desde una concepción de Derecho Penal mínimo, la legitimidad de la potestad penal del Estado²⁹⁰.

El primer elemento a considerar entonces es que el *ne bis in idem* constituye un límite. Esta característica es común a muchas otras normas consagradas en textos constitucionales e instrumentos internacionales de Derechos Humanos: ellas orientan o limitan el poder del Estado a favor de la persona humana. Esa función limitadora puede entenderse de muy diversas maneras según se asuman distintas concepciones de la Ética, la Política, y el Derecho, y de las relaciones entre ellos. Una manera bastante extendida de entender los límites a las potestades del Estado es considerarlos como meros productos del desenvolvimiento histórico, explicables fenoménicamente pero no justificables racionalmente²⁹¹. Esto significa comúnmente sostener la irracionalidad de lo jurídico en general, o afirmar una racionalidad reducida a mera descripción de los sistemas normativos en tanto órdenes vigentes, y respecto de los cuales sólo es posible establecer si resultan coherentes o incoherentes, funcionales o disfuncionales según la corriente de positivismo iusfilosófico de que se trate. En ello va obviamente implicado un escepticismo ético de base²⁹².

²⁸⁹ Para un desarrollo extenso de las distintas propuestas deslegitimadoras y sus consecuencias ver YACOBUCCI, Guillermo J., *La Deslegitimación de la Potestad Penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2000.

²⁹⁰ Un buen resumen de los planteamientos del derecho penal mínimo en BARATTA, Alessandro, *Principi del diritto penale minimo, per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, en “*Dei Delitti e Delle Pene*”, anno III, n°3, 1985. También FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, en la misma publicación y tomo.

²⁹¹ Ejemplifica este punto de vista la opinión de PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pág. 197 y siguientes.

²⁹² Ver NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, págs. 376 a 382.

Complementando lo anterior, están también bastante extendidos en la actualidad los intentos que tratan de explicar la cuestión de los límites al poder a partir de una cierta configuración de lo jurídico y de lo político desde diversas posiciones consensualistas y procedimentalistas. Aún a riesgo de simplificar excesivamente, puede afirmarse que estas posturas hallan la explicación última de la configuración de todo el sistema jurídico en general en el hecho de que es posible enlazar el reconocimiento y la vigencia de sus normas a un cierto procedimiento por el cual se ha expresado la voluntad de una mayoría²⁹³. Por supuesto que aún dentro de estos planteamientos existen variantes que van desde la mera existencia de una manifestación de la voluntad mayoritaria hasta quienes proponen un cierto tipo de procedimiento discursivo de toma racional de decisiones. Pero en última instancia todo ello equivale también a predicar la relatividad de los límites en tanto permanezcan inexplicados los criterios últimos de legitimación de los mecanismos utilizados para alcanzar el consenso y su vinculación con la persona.

Desde el punto de vista asumido en este trabajo, si bien los diversos límites al poder estatal que los derechos y las garantías establecen han tenido y tienen importantes diferencias en su efectivo reconocimiento y realización debido a la diversidad de las circunstancias culturales e históricas, en definitiva ellos se explican y se justifican a partir de la racionalidad del hombre, de su natural eticidad, y de la consecuente posibilidad de conocer e integrar objetivamente los valores al mundo jurídico.

En lo dicho va entrañada una consideración del derecho como perteneciente al orden práctico-moral, que lleva aparejada una referencia al propio bien humano. Pero además, esa referencia en el caso concreto del derecho sólo se entiende adecuadamente cuando se repara en que lo jurídico se da en el plano de la vida social. Es pues el bien

²⁹³ Un ejemplo del valor fundante atribuido al consenso sobre todas las manifestaciones de lo jurídico y lo político puede verse en GARZÓN VALDEZ, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 455 a 470.

común político el fin hacia el que se ordena el derecho, y por lo tanto su realización constituye un principio jurídico fundamental²⁹⁴. Claro está que desde la sola referencia al bien común no se entienden cabalmente los límites al poder del Estado. En efecto, como de lo que se trata precisamente es del bien humano en comunidad, no cabe considerar al bien común como bien del Estado en oposición a la persona²⁹⁵. Por el contrario, en la medida en que para su propia realización la persona humana necesita de la comunidad existe una relación de dependencia y no de contradicción entre los bienes individuales y el bien común. Por eso es que los bienes más básicos de las personas constituyen el contenido inicial del bien común político y que el bien comunitario tiene en la dignidad de la persona humana su núcleo primario de significación²⁹⁶.

En definitiva, a partir de una cierta consideración de la dignidad de la persona humana, que opera en el derecho como principio configurador²⁹⁷, es posible valorar como ilegítima y descartar por irracional toda actividad que en cualquier tiempo y lugar vaya seriamente en desmedro de bienes humanos básicos, aún cuando esa actividad la

²⁹⁴ Afirma al respecto YACOBUCCI que “El bien común político permite justamente definir desde una perspectiva práctica todo lo relativo al derecho (lo justo, la norma jurídica, etc.), incluido el derecho penal. Este bien es fin de la convivencia y referente último de la concordia social entendida como conjunto de valores y bienes en los que la comunidad fundamenta su existencia.” YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pág. 74.

²⁹⁵ Se ha dicho a este respecto que: “Desde su propia definición se advierte que el bien común político, si bien es causa final del Estado, no es un fin en si mismo. Está orientado al servicio de la persona humana. . .” SANTIAGO (H), Alfonso, *Bien común y Derecho Constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pág. 107.

²⁹⁶ YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido. . .*, págs. 181 a 183, donde se desarrolla el bien común político como bien de las personas.

²⁹⁷ Así, se ha sostenido que “(e)l principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible.” LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985, pág. 57.

realice el Estado persiguiendo alguna finalidad en principio legítima por estar orientada a lo comunitario²⁹⁸. En la noción de límite al poder estatal está ínsita la idea de protección de la persona, en tanto que es persona. Y ese carácter se ostenta por el solo hecho de ser un individuo de la especie humana²⁹⁹. No se deriva de la previa comprobación de ciertas capacidades en el individuo concreto, ni de la decisión colectiva de otorgar ese reconocimiento³⁰⁰. Con diferentes formulaciones, la referencia a la dignidad humana aparece además prácticamente en todos los preámbulos de los instrumentos de derechos humanos, en los que se le da un alcance general y se la presenta como fundamento de los derechos y garantías reconocidos en ellos³⁰¹.

²⁹⁸ Cabe repetirlo, esto no implica que haya una oposición entre bien común y dignidad humana. El bien común político (con sus exigencias de orden, tranquilidad, seguridad, justicia y paz sociales con clara trascendencia en el ámbito penal) y la dignidad humana, entendidos ambos en estrecha y recíproca vinculación, son los dos principios configuradores del derecho, y en particular es a partir de la adecuada articulación de ambos que resulta posible establecer unos límites adecuados al poder del Estado.

²⁹⁹ “La dignidad ontológica es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. Esta noción nos remite a la idea de incomunicabilidad, de unicidad, de imposibilidad de reducir a este hombre a un simple número. Es el valor que se descubre en el hombre por el solo hecho de existir.” ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 57.

³⁰⁰ Como bien señala SPAEMANN: “En la discusión sobre la fundamentación de los derechos humanos tenemos que vérnosla con una alternaiva que parece insalvable: o bien se entiende que los derechos humanos asisten a todo hombre por naturaleza en virtud de su ser, de su pertenencia a la especie *homo sapiens* o de una determinada actualización de características propias de la especie humana, o bien los derechos humanos son derechos que nos concedemos recíprocamente mediante la creación de sistemas jurídicos, quedando al arbitrio de los creadores de un sistema jurídico determinar en qué consistan esos derechos y cómo se delimite el conjunto de los titulares de los mismos, esto es, quién sea “hombre” en el sentido de la ley y quién no.” SPAEMANN, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003, pág. 105.

³⁰¹ A modo de ejemplo, en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se lee: “Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. En el preámbulo de la Declaración Universal se dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen

La situación de la potestad penal es de particular relevancia, pues es sin duda la manifestación más contundente del poder estatal en nuestros días, y es susceptible de generar algunas de las más graves afectaciones de la dignidad humana. Pero al mismo tiempo es un deber básico de todos los Estados ejercerla para posibilitar mínimamente la convivencia. De hecho han entendido los órganos internacionales del sistema interamericano que ella resulta indispensable para tutelar los derechos humanos³⁰².

Como consecuencia de lo dicho, es posible afirmar que el *ne bis in idem*”, por ser una norma que tiende a poner freno a una legítima potestad del Estado, constituirá una limitación razonable en tanto y

por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Por otro lado, en el preámbulo de la Convención Americana se lee: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. . .” Esta formulación parece remitir más a una idea de naturaleza humana que las restantes.

³⁰² A tal punto esto es así que la propia Corte Interamericana ha llegado a afirmar en uno de sus primeros precedentes que la investigación de las violaciones a derechos humanos, y en su caso la sanción penal a los responsables de ellas, son obligaciones emanadas de la Convención Americana susceptibles de generar la responsabilidad internacional de los Estados Parte en caso de incumplimiento, aún cuando esas violaciones hayan sido cometidas por particulares y no por órganos estatales. Así en el caso *Velásquez Rodríguez* se ha dicho: “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un **Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos**, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.” Corte IDH, Serie C, n° 4, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172.

en cuanto se la pueda fundamentar de manera inmediata o mediata en la dignidad humana³⁰³.

El tema más general de los límites al poder estatal antes esbozado y su relación con el *ne bis in idem* también puede explicarse mediante el recurso al concepto de Estado de Derecho. En efecto, no es inusual en nuestros días referirse a la prohibición de doble persecución y sanción penal como una derivación de la noción de Estado de Derecho³⁰⁴. Ese tipo de vinculación implica en primer término la idea de que todas las actividades realizadas por el Estado, lo que incluye obviamente aquellas orientadas al ejercicio del poder penal, están sometidas a un marco de legalidad³⁰⁵. El Estado no puede ejercer de cualquier manera ese poder sino que se ve constreñido por límites jurídicos impuestos precisamente para proteger a la persona. Con esto no se agrega mucho más a lo ya dicho en cuanto a que el *ne bis in idem* constituye un límite a la potestad penal, aspecto que además resulta evidente con solo reparar en su formulación.

La cuestión pasa pues por determinar cuál es en última instancia el contenido que se le asigna a la noción Estado de Derecho. Ciertamente no es del caso desarrollar exhaustivamente aquí este concepto³⁰⁶, pues en la determinación de su contenido sería necesario exponer

³⁰³ Es cierto también que la dignidad humana puede ser entendida de muchas maneras. De todos modos está extendida su consideración como límite al poder que aquí se comparte

³⁰⁴ Así por ejemplo, respecto del *ne bis in idem* procedimental, ha afirmado GARCÍA ALBERO, citando a DÜRIG, que éste “encuentra su último fundamento en el principio de Estado de Derecho.” GARCÍA ALBERO, ob. cit., pág. 25, nota 6.

³⁰⁵ Según la expresión de FROMONT: “el Estado de Derecho es ante todo una idea, aquella según la cual la acción del Estado no es legítima más que si obedece al Derecho, es decir a un conjunto de reglas preestablecidas.” FROMONT, Michel, “République fédérale d’Allemagne. L’Etat de droit”, *Revue du droit public*, n° 5, 1984, pág. 1204.

³⁰⁶ Sobre el desarrollo y evolución de la noción en la tradición jurídica anglosajona y en la europea en perspectiva comparada véase por todos PEREIRA MENAUT, Antonio C., *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons. Madrid, 2003. Para un desarrollo de la noción en el pensamiento jurídico argentino véase VANOSSI, Jorge R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, 3era. Edición. EU-

distintas concepciones de lo jurídico y lo político. Las diferencias existentes quedan de manifiesto con solo reparar en las distintas denominaciones utilizadas en los textos constitucionales que recogen expresamente la noción, como así también en la doctrina y en la jurisprudencia de diversos países. Se suele hablar así de Estado de Derecho a secas, Estado Democrático de Derecho, Estado Social y Democrático de Derecho o Estado Constitucional de Derecho. De todos modos en términos muy generales se puede distinguir entre una concepción formal, una pseudo-material y otra auténticamente material.

La visión formal atiende primariamente a la idea de que todo poder estatal debe estar sujeto a normas cuya legitimidad viene dada, de modo más o menos inmediato, por algún tipo de procedimiento creador³⁰⁷. La clásica crítica a esta visión, es que su capacidad limitadora resulta muy deficiente, por cuanto cualquier Estado organizado mediante un sistema previsible de creación de normas satisfaría las exigencias del Estado de Derecho, independientemente de que los contenidos de tales normas fueran gravemente lesivos de la dignidad de la persona.

Como alternativa a esa crítica, la visión pseudo material suma al procedimiento creador un segundo criterio de legitimación constituido por las normas positivas constitucionales de contenido material (es decir aquellas que consagran los valores ético-políticos), solo que la capacidad limitadora de estas últimas se entiende y se explica únicamente a partir de su efectiva consagración positiva en los textos

DEBA, Buenos Aires, 2000. Asimismo, para una específica aplicación del concepto a temas penales véase por ejemplo JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de Manzanares Samaniego), Comares, Granada, 1993, págs. 21 y s.s., o MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 4ta. Edición, Barcelona, 1996, pág. 74.

³⁰⁷ La expresión más paradigmática de esta posición es sin duda el planteamiento de KELSEN, quien identifica Estado con Derecho y de este modo no concibe más limitaciones a su accionar que las que él mismo quiera imponerse. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1984, págs. 187 a 189.

constitucionales³⁰⁸. El principal déficit de esta concepción es que, mediante el cómodo expediente a la positivización constitucional de los límites materiales pretende evadir el esfuerzo de fundamentación³⁰⁹. Ello implica en definitiva pasar por alto el hecho de que la interpretación de tales contenidos depende en gran medida de ciertas concepciones previas de orden político y ético. Si tales concepciones no se hacen explícitas en cuanto tales en la labor interpretativa, el resultado probable es una instrumentalización del discurso jurídico sobre bases poco claras. Se trataría en definitiva de una imposición de un cierto modo de entender ideológicamente los contenidos materiales (cuya racionalidad en última instancia se niega³¹⁰), sin posibilidad de controlar los presupuestos sobre los cuales se asientan las opciones del intérprete.

Finalmente, la visión auténticamente material del Estado de Derecho, lejos de oponerse al aspecto formal lo comprende y le otorga sentido. Al igual que la visión pseudo-material integra los contenidos

³⁰⁸ En este sentido es muy expresivo el planteamiento de FERRAJOLI, quien habla de una “doble artificialidad”. Para él, “son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes –su ‘deber ser’ y no sólo su ‘ser’– los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como derecho sobre derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. (. . .) Gracias a esta doble artificialidad (. . .) la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales.” FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ta. edición, Trotta, Madrid, 2006, pág. 19.

³⁰⁹ Esta postura es en definitiva tributaria de la tesis de BOBBIO, según la cual la actual consagración positiva de los derechos humanos torna irrelevante los esfuerzos en pro de su fundamentación sobre bases éticas. (Para una expresión resumida de esta idea véase BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos 1*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982, pág. 10).

³¹⁰ Así, para MAIER, *Derecho Procesal Penal* . . . , pág. 70, el Estado de Derecho “constituye un desarrollo cultural claro de la teoría del reconocimiento general como argumento político legitimante de la vigencia jurídica, condicionado por las limitaciones que le imponen los derechos humanos”. Para este autor, de todas maneras, estos principios son en última instancia ideológicos, meramente plausibles pero no científicos.

materiales pero no se detiene únicamente en la mera constatación de su positivización, sino que se propone fundamentarlos, explicarlos y establecer sus alcances a partir de sus bases ético políticas, afirmando la relevancia de este fuerza en tanto actividad racional, solo que entendida con su especificidad propia: la de la razón práctica. Desde esta perspectiva, un auténtico Estado de Derecho no es aquel caracterizado por un cierto procedimiento creador de normas, ni aquel en el que ciertos contenidos materiales están constitucionalizados y de este modo condicionan también la validez de las normas, sino aquel en el que tanto el procedimiento por el cual se crean las normas como el contenido de ellas y los criterios para su aplicación están orientados por los principios configuradores de bien común político y dignidad humana³¹¹.

En definitiva, la noción de Estado de Derecho, no obstante su gran valor expresivo del actual momento histórico y cultural en el respeto de la persona humana y la organización del Estado para el logro del bien común sin desmedro de aquella, no es sino una expresión que sintetiza la necesidad de límites formales y materiales, pero que carece por si sola de la autonomía explicativa que a veces se le pretende asignar³¹². En este orden de ideas, el *ne bis in idem* será una exigencia del Estado de Derecho en tanto se pueda sostener que la doble punición o doble persecución afecta a la dignidad de la persona, como ya quedara dicho.

³¹¹ Véase YACOBUCCI, *El sentido . . .*, págs. 242 a 251, donde se desarrolla en profundidad la distinción entre una legalidad formal y una legalidad auténticamente material.

³¹² La consideración de la noción de Estado de Derecho como principio autónomo conlleva como se señalara en el texto, el riesgo de su utilización de una manera que permita encubrir los principios que realmente se asumen, recurriendo a una frase de uso extendido en la ciencia jurídica sin ingresar en un debate serio de esos principios. Pero además tiene la desventaja de expresar la cuestión de los límites al poder desde una cierta configuración del Estado y no en referencia directa a la persona. Por supuesto que la concepción material supera en última instancia esta dificultad, pero así y todo es más explícito y más claro hablar de los derechos de las personas y sus correspondientes garantías, que hablar de los derechos y las garantías del Estado de Derecho.



Ahora bien, si de lo que se trata mediante la prohibición de *bis in idem* es de la protección de la persona en el marco de un proceso penal, parecería razonable pensar que existe algún tipo de conexión entre dicha prohibición y la noción de debido proceso, que es lo que se analizará a continuación.

3) EL *NE BIS IN IDEM* EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO Y COMO REALIZACIÓN DEL VALOR SEGURIDAD JURÍDICA

La idea de debido proceso tiene su principal antecedente dentro del constitucionalismo moderno en la referencia al *due process* contenida en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica³¹³. En aquel país, la noción comenzó siendo entendida únicamente como una expresión de índole formal (*procedural due process*), una exigencia de adecuación estricta de los órganos estatales a los procedimientos establecidos en la ley a la hora de restringir los derechos básicos de las personas, que se concretaba en las demás disposiciones garantizadoras de esa y otras enmiendas, para prevenir así posibles abusos (sobre todo en el ejercicio del poder penal)³¹⁴. Luego, fundamentalmente a partir de la incorporación del giro

³¹³ Claro está que ese no es el primer antecedente de la noción, que en última instancia deriva del derecho inglés y se vincula con las ideas más básicas de legalidad en sentido amplio. Para un desarrollo exhaustivo de los antecedentes del *due process* de la Constitución de los Estados Unidos véase MOTT, Rodney L., *Due Process of law: A historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the Application of the Concept of "the law of the land"*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1926.

³¹⁴ El texto de la quinta enmienda establece: "Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el **debido proceso legal**; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización." [el destacado me pertenece].

due process en la decimocuarta enmienda después de la guerra de secesión, la noción pasó a ser percibida como aquel principio que permite a cualquier habitante del país acudir a la protección de la magistratura federal para la protección de sus derechos constitucionales esenciales frente a cualquier limitación abusiva de ellos por parte de una autoridad pública, ya sea local o federal; ya sea administrativa, judicial o legislativa (*substantive due process*)³¹⁵. La idea detrás de esta segunda manifestación, la que le da su carácter sustantivo, es que ya no se trata de la mera sujeción a la ley, sino que las mismas leyes deben orientarse a dar a la persona un trato justo³¹⁶.

Desde entonces la idea de debido proceso ha seguido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Además, manifestaciones de esa noción entendida con un significado un poco menos abarcativo han sido incorporadas ya sea directamente en los textos constitucionales o por vía jurisprudencial en varios países y aún en instrumentos internacionales que establecen catálogos de derechos y garantías en el marco de un proceso penal.

Ejemplo de una disposición sobre debido proceso expresamente constitucionalizada es el ya mencionado art. 24 de la Constitución Española de 1978. Dicha disposición señala expresamente todos tie-

³¹⁵ Para un interesante análisis crítico de los orígenes de esta evolución véase HAMILTON, Walton H., “*The Path of Due Process of Law*” en, *Ethics*. Vol. 48, No. 3 (abril, 1938), págs. 269 a 296.

³¹⁶ El parentesco entre esta forma de entender el *due process* con la concepción material del estado de derecho (*rule of law*) es evidente. Ejemplifican bien lo que es el debido proceso sustantivo las afirmaciones del juez Thomas en su voto disidente correspondiente al caso *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) en especial págs. 540 y 541, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde dijo: “Si el debido proceso fuera una salvaguarda meramente procesal no podría alcanzar aquellas situaciones en las que la privación de la vida, la libertad o la propiedad fuera consumada por una legislación cuya futura operatividad podría, aún estableciendo el procedimiento más equitativo para los individuos, destruir el ejercicio de los tres [derechos] (. . .) Por eso las garantías del debido proceso (. . .) en este país han ‘devenido también en murallas contra la legislación arbitraria’”. La cita final que el juez Thomas hace suya en el párrafo transcrito corresponde a uno de los primeros precedentes relevantes sobre esta cuestión, el fallo *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884), en especial pág. 532.

nen derecho a un proceso “con todas las las garantías³¹⁷”. Del mismo modo la Constitución colombiana consagra en su art. 29 el debido proceso, y establece además expresamente en el último párrafo de dicho artículo el *ne bis in idem*, con epílogo de un extenso catálogo de garantías penales tanto sustantivas como procesales³¹⁸. En cambio la Constitución Argentina no tiene una disposición tan claramente expresa de ese tenor, pero ello no le ha impedido a la Corte Suprema entender que la idea de debido proceso se extrae del art. 18, en cuanto este señala que ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso³¹⁹.

³¹⁷ El texto completo de dicho inciso establece: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.” De la simple lectura surge con claridad que la idea de proceso con todas las garantías se da en el marco de un conjunto de disposiciones referidas a los procesos judiciales en general, y a los procedimientos penales en particular que la desarrollan y la explicitan.

³¹⁸ Concretamente, dicho artículo establece: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

³¹⁹ Véase por ejemplo CSJN, caso *Santillán*, sentencia de 13 de agosto de 1998, en *Fallos* 321:2021, donde se afirmó: “[T]odo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma.” En esta cita, que corresponde al considerando 11 del voto mayoritario, es interesante destacar que la Corte, como lo ve-

En cuanto a los instrumentos internacionales, si bien la cuestión será abordada de manera más extensa en los tres capítulos siguientes a los que cabe remitirse, baste decir por ahora que el art. 8 de la Convención Americana, bajo la rúbrica “garantías judiciales” establece un conjunto de disposiciones para la protección de las personas, la primera de las cuales es precisamente el derecho a ser oído con las debidas garantías por un juez o tribunal competente. El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, utiliza en su inc. 1 exactamente los mismos términos, como punto de partida de un catálogo extenso de disposiciones garantizadoras. En la Convención Europea, la rúbrica del art. 6 menciona expresamente el derecho a un proceso equitativo, y establece en su inc. 1 que toda persona tiene derecho a ser oída equitativamente por un Tribunal, para consagrar también a continuación un conjunto de disposiciones específicas. De los tres instrumentos mencionados, el *ne bis in idem* aparece dentro del catálogo disposiciones vinculadas con el proceso equitativo en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello no ocurre en el sistema europeo, en el que la prohibición fue consagrada en el protocolo adicional n° 7 y no figura en el texto convencional originario. Sin embargo, hay unanimidad en los órganos de aplicación de los tres sistemas al afirmar que la prohibición de *bis in idem* está vinculada con la idea general de debido proceso, o proceso equitativo, y que esta idea general es además fuente de otras exigencias garantizadoras no mencionadas expresamente en los instrumentos.

Es cierto que esa conexión entre la prohibición en estudio y el proceso equitativo, podría ser cuestionada en un sistema jurídico donde tal vinculación no estuviera expresamente establecida, como ya se

nía haciendo desde el caso *Wald* (en *Fallos* 268:266), extiende la garantía a todos los participantes del proceso, a pesar de que el texto expreso del art. 18 parece referirse solo al imputado. Pero lo que más interesa destacar aquí es que la idea general de juicio previo fundado en ley anterior, es entendido no solo como base de la idea específica de legalidad penal sino también como expresión de un proceso seguido en legal forma.

pudo ver en el caso de España³²⁰. Sobre todo aparece como más dudosa la conexión con la vertiente sustantiva del *ne bis in idem*, más aún luego de constatarse, como se lo hizo en el capítulo I, que la prohibición tiene por sí sola antecedentes históricos bastante anteriores al constitucionalismo moderno.

Sin embargo, hay que tomar en consideración que la doble sanción o la doble persecución deben darse, para quedar abarcadas por la lógica de la prohibición, en el marco de una respuesta formalizada del Estado. El *ne bis in idem* no se dirige, en principio a las respuestas informales. Si agentes estatales, absolutamente desvinculados de la estructura formal de un proceso penal deciden “perseguir” o “sancionar” a alguien, ya sea por primera o por segunda vez, su conducta será más bien percibida como un ataque directo a la persona, que puede constituir en una afectación de su derecho a la vida, de su derecho a la integridad física, de su derecho a la libertad o directamente de su dignidad (por constituir un tratamiento cruel, inhumano o degradante), o de uno o más de ellos juntos.

³²⁰ Aún en los Estados Unidos la conexión no fue claramente percibida por la Corte Suprema en sus primeros precedentes sobre la cuestión. Durante largo tiempo la prohibición sólo se consideró aplicable al orden federal. Así, en el caso *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), la Corte Suprema expresamente descartó que la idea de debido proceso contenida en la decimocuarta enmienda incluyera todas las disposiciones de las primeras ocho enmiendas de la declaración de derechos. En esa oportunidad (ver págs. 325 y 326) el juez Cardozo sostuvo que las incluidas eran aquellas garantías tan fundamentales que corresponden a “la misma esencia del esquema de libertades ordenadas” y por ello “no existirían ni la libertad ni la justicia si ellas fueran sacrificadas”. Pero la prohibición de *double jeopardy* no fue considerada como una de estas (ver pág. 328). Recién en *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969), en especial págs. 794 y 795, se entendió que ella “constituye un ideal fundamental de nuestro legado constitucional (. . .) Una vez que se decide que cierta garantía de la declaración de derechos es fundamental para el esquema de justicia de los Estados Unidos (. . .) ese mismo estándar constitucional debe aplicarse tanto contra los gobiernos estatales como contra el gobierno federal.” Así, sobre la base de la idea de debido proceso de la decimocuarta enmienda, posteriormente se extendieron todos y cada uno de los criterios que hacen a la aplicación de la prohibición de *double jeopardy* a los estados de la Unión (véase caso *Crist v. Bretz*, 437 U.S. 28, (1978), en especial págs. 37 y 38).



La prohibición de *bis in idem* en cambio se orienta más bien a evitar la repetición formalizada de sanciones o persecuciones penales, mediante los mecanismos de persecución o aplicación de sanciones previstos en el sistema jurídico. Dicho de otro modo, la prohibición de *bis in idem* expresa que una utilización reiterada de los mecanismos formales de persecución o sanción contra la misma persona y por los mismos hechos y fundamentos constituye un uso prohibido de ellos. Se trata en definitiva de un obrar inaceptable en el marco de un procedimiento jurisdiccional³²¹. Esta constatación permite en líneas generales vincular ambas vertientes de la prohibición en estudio con la idea de debido proceso, proceso equitativo o proceso con todas las garantías. Por supuesto que se trata aquí de una acepción del debido proceso más restringida que su sentido general esbozado al comienzo de este apartado, que prácticamente se superpone con las nociones de Estado de Derecho y legalidad.

Además, la mencionada relación entre *ne bis in idem* y debido proceso permite comprender también cómo ambos están relacionados con el valor seguridad jurídica. Es cierto que el valor seguridad jurídica ha sido entendido de muy diversas maneras³²². El concepto del que aquí se parte no es el que se refiere a la seguridad que proporciona el derecho frente a las posibles afectaciones y daños que las personas pueden sufrir en manos de terceros o por causas naturales (seguridad a través del derecho), sino el que parte de la idea de que el derecho debe ser en si mismo seguro. Esto es, que sea al mismo tiempo cierto, previsible y eficaz, que tenga una racionalidad interna compatible con sus

³²¹ La tendencia a la extensión de la prohibición como la de varias otras manifestaciones del proceso equitativo al ámbito administrativo sancionador no afecta lo dicho, pues se trata también de una respuesta formalizada mediante un procedimiento legalmente establecido.

³²² En este sentido véase PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La seguridad jurídica*, 2da. edición, Ariel Derecho, Barcelona 1994, págs. 28 a 30. Este autor señala que “[e]l primer motivo de ‘inseguridad’ que provoca cualquier aproximación al concepto de la seguridad jurídica nace de la imprecisión y/o equivocidad de que adolecen buena parte de los intentos doctrinales dirigidos a concretarlo” (pág. 28). Hay dimensiones descriptivas y axiológicas de la seguridad que se mezclan en varios planteamientos teóricos.

contenidos materiales y que no pueda ser erigido en instrumento para atacar a la persona (seguridad del derecho)³²³. De este modo la seguridad jurídica configura al derecho como un espacio de certeza y confianza para los ciudadanos. La certeza acerca de cuál es el derecho vigente. La confianza de que en su creación y aplicación no se verán sorprendidas negativamente las expectativas legítimas en él depositadas³²⁴.

En definitiva, toda norma que orienta el poder estatal para defensa de la persona reconduce en última instancia a la afirmación de la dignidad humana. Cuando se trata de configurar un procedimiento penal respetuoso de la persona, la protección puede ser entendida como una forma de realización del valor seguridad jurídica (en tanto seguridad del derecho) y se expresa a través de la idea general de debido proceso o bien, más en concreto, por medio de alguna de sus manifestaciones expresamente positivizadas de manera autónoma (si las hubiere). Tal es el caso del *ne bis in idem* en cuanto garantía del debido proceso expresamente positivizada en algunos ordenamientos e implícita en otros. De todos modos conviene aclarar que el debido proceso tiene proyecciones más amplias que la sola evitación abusos, porque contiene además exigencias positivas no solamente orientadas a constreñir el poder estatal sino también a facilitar un mejor desenvolvimiento de los derechos de las personas involucradas.

El debido proceso o proceso equitativo constituiría entonces la expresión concreta del respeto y la afirmación de la dignidad de la persona en la actividad jurisdiccional, ya sea estableciendo límites contra posibles abusos o disponiendo mecanismos que permitan al justiciable el mejor ejercicio posible de su derecho a la jurisdicción. Es el ámbito natural en que se entienden y explican los dispositivos de protección que se dan en todo tipo de procedimiento jurisdiccional y de

³²³ *Ibid.* Para un desarrollo más extenso véase también ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La seguridad jurídica una teoría formal*, Dykinson, Madrid 2000, págs. 14 a 31. A semejanza de este último autor se opta aquí por un concepto restringido de la seguridad jurídica, aunque se discrepa con su comprensión puramente formal.

³²⁴ ARCOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 33.

manera más patente en el procedimiento penal. La idea de proceso equitativo constituye así un marco general apropiado para posibilitar la concreción y desenvolvimiento de nuevos mecanismos de tutela, o aún para el perfeccionamiento y extensión de los ya existentes. Ambas vertientes del *ne bis in idem* se insertan perfectamente en esta dinámica.

Lo dicho no excluye que, como en un procedimiento penal es habitual que se produzcan injerencias sobre derechos clásicos (los ejemplos más obvios son las limitaciones de la libertad y de la vida privada), algunos de los mecanismos de tutela establecidos en las constituciones, en los instrumentos internacionales, o en las leyes se asocien más directamente con ellos. Es por eso que tales mecanismos de tutela se suelen explicar a partir de los derechos que protegen y no (o al menos no solamente) desde la idea de proceso equitativo o del valor seguridad jurídica³²⁵. Sin embargo ello no parece ocurrir con la prohibición de *bis in idem*. Obviamente que se impida la doble sanción y la doble persecución penal puede servir en algún caso concreto

³²⁵ Un buen ejemplo de protección específica de la libertad que a la vez tiene conexiones con la idea de proceso equitativo lo constituye la garantía del plazo razonable en la duración de la prisión preventiva, que está específicamente regulada en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos entre las disposiciones específicas sobre libertad (art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5 de la Convención Europea y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello parece lógico, atendiendo a la especificidad del mecanismo de tutela. Pero a la vez los mismos instrumentos consagran la exigencia del plazo razonable para la duración de los procesos en general entre las garantías del debido proceso. Así y todo, los criterios desarrollados por los órganos de aplicación para ponderar la razonabilidad de los plazos en uno y otro supuesto son exactamente los mismos: complejidad de la causa, conducta previa del imputado, diligencia de las autoridades judiciales. Sobre ello véase el propio trabajo: OTTAVIANO, Santiago, “La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal”, en GARCÍA, Luis M., *et al.*, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

Más aún se ha sugerido que el plazo razonable de duración de la prisión preventiva y el de duración del proceso deben ser idénticos. Sobre ello véase PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, págs. 492 y 493.

para evitar privaciones de libertad, sanciones pecuniarias, etc. Pero eso no implica que la prohibición pueda ser mejor entendida a partir de la libertad o la propiedad. Es precisamente esa tutela amplia que el *ne bis in idem* dispensa al conjunto de los derechos que pueden verse de algún modo afectados mediante el proceso penal, la que pone en evidencia su relación directa con la idea de proceso equitativo.

Así y todo, con lo dicho hasta ahora no acaba de quedar claro por qué la doble persecución y la doble sanción afectan de tal modo a la persona que constituyen un procedimiento ilegítimo y ameritan por ello una prohibición. En este sentido, se advierte cierta especificidad en cada una de las vertientes de la prohibición, por lo que corresponde pasar a un análisis más particularizado de ellas.

B) FUNDAMENTOS DE LAS DISTINTAS VERTIENTES DE LA PROHIBICIÓN

- 1) EL FUNDAMENTO ESPECÍFICO DEL *NE BIS IN IDEM* SUSTANCIAL: PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.

Corresponde comenzar por la primera de las manifestaciones de la garantía, verificando en concreto cómo se vincula el *ne bis in idem* sustancial con la protección de la persona. En otras palabras, cómo se afectaría la dignidad humana si el Estado pudiese penar repetidas veces a un mismo autor responsable por la comisión de un único hecho delictivo.

Sin excluir la ya mencionada vinculación general con la idea de debido proceso, la respuesta más convincente, que fuera anticipada al analizar el estado de la discusión en España, es que de admitirse sucesivas sanciones por un mismo hecho, esas sanciones consideradas en su conjunto exceden la proporción que la pena debe guardar con la culpabilidad por el hecho cometido, violándose así el principio de culpabilidad. Sin entrar a desarrollar aquí en extenso el mencionado principio, cabe resaltar su sentido último en vinculación con la dignidad

humana, y una de las consecuencias que trae aparejadas: la necesidad de que la pena aplicada guarde cierta proporción con la gravedad del hecho cometido³²⁶.

La prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes está contenida de manera expresa en los Instrumentos de Derechos Humanos, y es común en muchas constituciones modernas inspiradas en el programa de reformas del iluminismo³²⁷. Pero la mayor concreción de esa prohibición al punto de considerarse inhumanas las penas que superan el límite impuesto por la gravedad de la culpabilidad por el hecho cometido es una evolución más reciente.

En el derecho continental, éste y otros aspectos de la concepción del principio de culpabilidad como garantía surgieron con fuerza en Alemania luego de la segunda guerra mundial, cuando se percibió que el cientificismo y el positivismo (con una visión de la culpabilidad en la que se enfatizaban la peligrosidad social del autor y el delito como mero síntoma de ella) podían ser claramente relacionados con la experiencia nazi³²⁸. En definitiva, el olvido de la dignidad humana como fundamento del derecho en general, y del derecho penal en particular, había permitido la absoluta instrumentalización de la persona condenada para el logro de objetivos sociales de defensa. Ello hizo palmaria la necesidad de limitar la respuesta penal aún frente a finalidades legítimas de prevención del delito. Así se produjo un resurgimiento del debate sobre los fines de la pena que permitió que recobrasen vigencia algunas de las ideas del pensamiento retribucionista, generalizándose la adopción del principio de culpabilidad como límite de la potestad penal³²⁹.

³²⁶ Ver BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 138.

³²⁷ Así por ejemplo la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos.

³²⁸ Ver BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales . . .*, pág. 144.

³²⁹ Ver por ejemplo ROXIN, Claus, "Fin y Justificación de la Penal y de las Medidas de Seguridad" en MAIER, Julio (comp.), *La Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 37, párrafo 46.

Si bien la formulación del *ne bis in idem* como prohibición de doble imposición de pena es cronológicamente muy anterior a la teorización sobre el principio de culpabilidad esbozada en el párrafo previo, en el estado actual del desarrollo del Derecho Penal es posible afirmar que la vertiente sustancial encuentra fundamento en la dignidad humana de manera mediata, a través de una consideración sobre la proporción que entre la sanción penal y la culpabilidad por el hecho cometido exige, como una de sus consecuencias necesarias, el principio de culpabilidad. En síntesis, el *ne bis in idem* sustancial prohíbe una segunda sanción en tanto ella resulta excesiva como respuesta al ilícito culpable del autor³³⁰.

Ahora bien, hay que destacar que si se toma el fundamento antes mencionado como base para la prohibición de doble imposición de pena, ella sería operativa únicamente en aquellos casos en los que con la segunda sanción se superase la pena establecida conforme a criterios de determinación judicial que permitan dar una respuesta proporcionada. De este modo, quedarían fuera del ámbito de protección de la vertiente sustancial algunos supuestos, como aquellos en los que la segunda sanción, producto de una nueva determinación, absorbiera en ella a la primera y por lo tanto no se superase el techo de la culpabilidad. Debe quedar en claro sin embargo que, aún cuando se afirme que estos casos pueden no quedar abarcados por la vertiente sustancial del *ne bis in idem*, no se puede descartar que, dependiendo de cómo se

³³⁰ Es interesante constatar que hay autores que si bien vinculan la prohibición de *bis in idem* con la idea de proporcionalidad, establecen esa proporción no ya con base en la culpabilidad del autor si no en las necesidades preventivas del Estado. Así se ha dicho por ejemplo: “Si una pena es el máximo mal que puede infligirse para prevenir situaciones que envuelven cierto grado de daño o peligro, no se justifica una penalidad mayor si el grado del daño o peligro generado no se ve alterado por la pluralidad de figuras aplicables o por la pluralidad de acciones. Lo contrario implicaría penar al individuo más de lo que es necesario y admisible para prevenir la situación disvaliosa que ha generado; supondría multiplicar la pena no obstante no haberse dado una situación más grave que la que la pena única tiende a prevenir. Esta es la idea que subyace a la máxima *non bis in idem*.” NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 2006 (1ra. reimpresión de la primera edición de 1980), pág. 443.



haya configurado el primer proceso, podría operar en ellos la vertiente procedimental.

2) EL FUNDAMENTO ESPECÍFICO DEL *NE BIS IN IDEM* PROCESAL: EL DOBLE RIESGO Y LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

En una primera aproximación a los fundamentos del *ne bis in idem* procesal es posible pensar que esta manifestación de la prohibición se explica a partir de la vertiente sustantiva. En efecto, la sola idea de una manifestación sustantiva y otra procesal genera la sensación de estar en presencia del contenido que justifica por un lado, y lo formal que simplemente refuerza la protección en el mismo sentido por otro. Esta forma de ver las cosas ha sido inclusive recogida por algunos autores. Así, se ha llegado a afirmar que la vertiente procesal no es más que un medio tendiente a evitar que se lesione la vertiente sustantiva³³¹.

Parece claro en efecto que el aspecto procedimental tiene un núcleo compartido con el sustancial por su común condición de límites al poder del Estado en el ejercicio de la potestad penal, por su orientación a la salvaguarda de la persona y por la posibilidad de entroncarlas con las nociones de debido proceso y seguridad jurídica, como quedara de manifiesto en los puntos precedentes. Otra relación aparece en el hecho de que, vedándose el doble enjuiciamiento, se evita de manera anticipada la posibilidad de una doble imposición de pena. La prohibición aparece así adelantada al momento en que surge como posibilidad el riesgo de que el Estado imponga pena más de una vez a una persona por la realización de un hecho por el que ya fue pe-

³³¹ Véase en este sentido BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario”, *Revista del Poder Judicial* n° 51. Tercer trimestre, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 303 a 376. En particular en el punto II, donde se trabaja la naturaleza y fundamento del *ne bis in idem* el autor concluye: “La vertiente procesal del *non bis in idem* no es, en definitiva, más que un medio para evitar el riesgo de efectiva lesión del principio de *non bis in idem* en su vertiente material, que es la que en definitiva importa.”



nada anteriormente, o por el que todavía puede ser penada en otro proceso anterior no concluido.

Sin embargo, en lo que hace a su fundamentación el aspecto procedimental del *ne bis in idem* tiene una considerable autonomía de la vertiente sustancial, pues opera en supuestos en los que no existe en absoluto la posibilidad de doble punición. Por ejemplo, tal es el caso de la persona absuelta o sobreseída en un proceso penal. A ella no se le ha impuesto pena, y por lo tanto la que se le fije posteriormente no viola el *ne bis in idem* sustancial aunque el nuevo proceso verse sobre idénticas circunstancias fácticas. ¿Por qué razón entonces la realización de este segundo y de ulteriores procesos también está vedada? En este y otros casos similares, el *ne bis in idem* procedimental se relaciona más bien con una valoración negativa del hecho de que una persona sea sometida a proceso, por los diversos y considerables riesgos que el proceso penal conlleva. Fundamentalmente se piensa que si se está frente a identidad de sujetos, de hechos y de fundamentos, y si la persona afrontó ya una vez el riesgo propio de un proceso penal, es ese riesgo el que no debe repetirse, independientemente del resultado del primer proceso. En este sentido, la noción de *ne bis in idem* es claramente tributaria del *double jeopardy* del derecho estadounidense, donde la vertiente procesal de la garantía es predominante³³². Para entender cabalmente el significado de esta forma de entender el *ne bis in idem procesal* es ineludible la cita al fallo de la Corte Suprema norteamericana *Green v. United States*, ya mencionado a propósito de su influencia en la jurisprudencia argentina sobre *ne bis in idem*. En ese fallo se afirmó, respecto del fundamento de la prohibición, lo siguiente:

“La idea base, una que esta profundamente enraizada al menos en el sistema jurídico anglo-americano, es que al Estado, con todos sus recursos y poder, no debe permitírsele hacer repetidos intentos de condenar a un individuo por un alegado delito, sometiéndolo

³³² Así, en relación con el alcance de la garantía en la Constitución de los Estados Unidos se ha dicho: “Although it has some bearing on multiple punishments, the double jeopardy clause of the Fifth Amendment is concerned primarily with multiple trials” (ISRAEL, Jerold H., KAMISAT, Yale y LA FAVE, Wayne R. *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, West Group, St. Paul, Minnesota, Estados Unidos, 1999, pág. 765.



así a situaciones embarazosas, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aún siendo inocente, sea hallado culpable³³³.”

El primer elemento a destacar aquí, ya mencionado al analizar la jurisprudencia constitucional argentina, es la referencia a una cierta desigualdad entre la situación relativa del individuo sometido a proceso y la del Estado que persigue penalmente. La necesidad de proteger de manera especial a la persona, limitando las posibilidades de persecución penal del Estado a un único proceso, tiende a equilibrar esa diferencia.

También cabe resaltar que el énfasis del párrafo está puesto en un conjunto de males que el proceso penal acarrea para el sujeto que se ve sometido a él en calidad de sospechoso. Esto pone claramente de manifiesto que el *ne bis in idem* procesal no tiende a la protección de un derecho en particular sino de un conjunto de derechos que se ven afectados por el sometimiento a proceso. Es precisamente esa afectación de conjunto la que permite vincular de manera directa el *ne bis in idem* procesal con la dignidad de la persona. Si una cierta afectación de la persona en el ejercicio de sus derechos es aceptada como necesaria para la persecución penal y por ello tolerada, ella deviene en excesiva e inaceptable cuando se pretende reiterar la persecución. En este sentido, tal como lo apreciara la Corte Suprema argentina en el caso *Mattei* antes citado³³⁴, hay un cierto paralelismo entre la prohibición de prolongar un proceso penal *sine die* y la de reiterar persecuciones penales. En ambos casos se toma en consideración la intensidad con que el proceso penal afecta a la persona³³⁵.

³³³ *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957) pág. 188.

³³⁴ CSJN, caso *Mattei*, sentencia de 29 de noviembre de 1968, en *Fallos* 272:188.

³³⁵ De este modo se ha dicho que: “El proceso penal en su conjunto afecta derechos del imputado por su mera realización, aún cuando no se dispongan medi-

Concretamente, se comienza hablando en el párrafo transcrito de “situaciones embarazosas” (en el texto original en inglés la palabra utilizada es “*embarrassment*”). Con ello se expresa que la existencia de un proceso penal afecta sin dudas, y no obstante la presunción de inocencia, la reputación de la persona, que se ve expuesta al escrutinio de su accionar y es públicamente señalada como posible delincuente. Se habla también de “gastos” (“*expenses*”). Esto tiene que ver con la aplicación de recursos propios al ejercicio del derecho de defensa, eventual pago de costas, etc., y en definitiva remite a la afectación de la propiedad. Se mencionan también los “sufrimientos”. En este punto el texto original en inglés resulta más expresivo pues se utiliza el giro *ordeal*, que puede significar tanto “sufrimiento” como “prueba difícil”, o aún “suplicio”. Además, en su acepción originaria, el vocablo equivale literalmente a la voz castellana “ordalía”, es decir que remite a ciertas formas primitivas e irracionales de resolución de casos penales mediante pruebas de fuego o de agua, etc³³⁶. Si bien se advierte aquí una metáfora un tanto excesiva, es razonable admitir que el sometimiento reiterado a un proceso penal puede afectar íntegra e intensamente a la persona.

En conexión con lo anterior, el párrafo citado alude luego al estado de ansiedad y al estado de inseguridad. El primero tiene que ver con la percepción subjetiva de quien se ve sometido a proceso. Se implica de este modo que la existencia del proceso afecta negativamente el ánimo del imputado perturbándolo por la incertidumbre que le genera sobre su futuro. Al segundo cabe entenderlo también desde esa percepción individual, pero puede asimismo ser objetivado en relación con el riesgo de ser privado de la libertad, de tener que soportar allanamientos domiciliarios y otras injerencias. En efecto, la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece el dere-

das concretas de coerción.” PASTOR, Daniel, *El plazo razonable . . .*, ya citado, pág. 367.

³³⁶ Las ordalías del proceso germánico antiguo se insertaban en un sistema de pruebas tendiente a resolver subjetivamente una contienda, más que a una averiguación de la verdad. Véase en este sentido MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal . . .*, ya citado, pág. 269.

cho de los habitantes a estar “seguros en sus propias personas, domicilios, papeles y efectos”, para luego referirse a ciertos requisitos de las órdenes de requisa y búsqueda. Ello ha sido interpretado por la Corte Suprema de aquel país tanto en relación con la libertad individual como con la vida privada³³⁷ y puede ser conectado con la idea de seguridad del derecho como manifestación de la seguridad jurídica enunciada en el punto previo.

Finalmente hay que tomar en cuenta el incremento en la posibilidad de que un inocente sea condenado. Ello se vincula con las limitaciones propias del proceso penal que, en cuanto actividad humana, no puede considerarse totalmente exento de errores. Si la posibilidad de una condena errónea existe en cualquier procedimiento, sin dudas ella aumenta con la reiteración de procesos por los mismos hechos y contra la misma persona.

En síntesis, partiendo de la ostensible desigualdad de recursos y poder entre la persona sometida a proceso y el Estado que la persigue, tomando en consideración el conjunto de afectaciones que un proceso penal acarrea a la persona en el goce de varios de sus derechos fundamentales, y advirtiendo que la falibilidad inherente a toda actividad humana no permite nunca descartar totalmente que un inocente pueda ser condenado en un proceso penal, cabe razonablemente concluir que es inaceptable que la persecución penal se reitere. En caso contrario, se estaría dispensando a la persona un trato incompatible con el respeto de su dignidad.

La noción de “doble riesgo” antes esbozada merece una aclaración frente a otras formas posibles de comprenderla. En efecto, en ella se han tomado en consideración todos los males que un proceso penal acarrea. Sin embargo el riesgo también podría referirse únicamente a la concreta posibilidad de resultar condenado. Desde esta perspectiva, es la proximidad de la sentencia final (el grado de avance del primer proceso) lo que determinará si efectivamente existió un

³³⁷ Véase, entre otros, *Giordenello v. United States*, 357 U.S. 480 (1958), págs. 485 y 486.



riesgo relevante que impida la posterior persecución. La posición que aquí se sostiene es un poco más abarcadora. Si bien el grado de avance del primer proceso puede ser un parámetro a tomar en cuenta para establecer si el imputado debió soportar riesgos relevantes, ello no implica necesariamente tomarlo como único dato sino que cabría también considerar otras situaciones como la duración del primer proceso (independientemente de su grado de avance) y las injerencias efectivamente soportadas por el imputado.

Ahora bien, a partir de la fundamentación del *ne bis in idem* procesal aquí mantenida, se puede formular la siguiente consecuencia: Si el sujeto contra quien se pretende iniciar una segunda persecución no ha corrido personalmente en el primer proceso ningún riesgo relevante en su persona no tendría sentido prohibir el nuevo proceso, por cuanto la prohibición de hacerlo carecería en tal caso de su fundamento. Sin embargo, un Estado podría todavía decidir fijar límites mayores a su potestad penal, y por lo tanto asumir que el solo inicio de un proceso penal impedirá siempre una posterior persecución. Esto equivaldría a una suerte de presunción legal de que siempre que se inició un proceso existió el riesgo y por lo tanto opera la prohibición. Así y todo, cuando existiera un mandato de persecución penal proveniente de una norma constitucional o de un tratado internacional esa mayor autolimitación podría también ser cuestionada.

Sea como fuere, la falta de un riesgo relevante en el primer proceso como argumento para sostener la inaplicabilidad del *ne bis in idem* a un caso concreto, permite entender a partir de los fundamentos de la prohibición algunas de las diferencias en la configuración de ella en los distintos ordenamientos, y también algunas de las excepciones a su aplicación que existen tanto en los ordenamientos nacionales como en los internacionales³³⁸.

³³⁸ A título de ejemplo, cabe mencionar las excepciones al *ne bis in idem* establecidas en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, en cuyo Art. 20, inc. 3 se establece que si bien el Tribunal Internacional no podrá juzgar a una persona que hubiese sido ya juzgada por la misma conducta ante otro Tribunal, a menos que ese primer procedimiento: a) Obedeciera al propósito de sustraer al

Además, es posible que la decisión Estado de no intentar ejercer de nuevo el poder penal (a pesar de que no haya existido riesgo relevante para el imputado en el primer proceso), se deba a que la decisión de no seguir adelante haya sido tomada por un juez y en consecuencia se le atribuya el efecto de cosa juzgada. Cabe entonces analizar a continuación los fundamentos de este efecto en los casos penales.

3) EL FUNDAMENTO ESPECÍFICO DE LA COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL: UNA PROYECCIÓN MÁS CONCRETA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

El tercer elemento incluido en la comprensión *ne bis in idem* es, como quedara dicho, el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales dictadas en el marco de un proceso penal y por medio de las cuales se decide poner fin al proceso. En este sentido, las diferentes formas de estructurar el proceso penal en cada Estado pueden traer aparejadas diversas consecuencias en este ámbito. En ciertos procesos, de corte más inquisitivo, existen resoluciones jurisdiccionales que ponen fin a la causa tanto en la etapa previa al juicio como en el juicio propiamente dicho³³⁹. En cambio en los procesos más acusatorios la decisión propiamente jurisdiccional se da más bien en el juicio, mientras que durante la etapa preparatoria el fiscal suele contar con cierta autonomía para poner fin a la persecución sin ninguna intervención judicial³⁴⁰.

acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

³³⁹ Así los sobreseimientos, o las desestimaciones por inexistencia de delito pueden ser, en estos procesos, resoluciones jurisdiccionales revisables inclusive por tribunales superiores por medio de recursos interpuestos por la parte acusadora.

³⁴⁰ Así ciertas desestimaciones por inexistencia de delito, o la decisión de no ejercer la acción con base en criterios de oportunidad.

Del mismo modo, según cómo se consagre positivamente la prohibición, o cómo se la reconozca jurisprudencialmente, el aspecto concreto de cosa juzgada estará más o menos integrado al *ne bis in idem*. Así, en la mayoría de las manifestaciones del derecho internacional que se estudian en este trabajo la integración es patente porque esas disposiciones requieren una “sentencia firme” como presupuesto para aplicación de la prohibición, como se verá en los capítulos siguientes.

Hablar de fundamento de la cosa juzgada en su relación con el *ne bis in idem* es entonces buscar los motivos por los cuales corresponde atribuirle ese efecto a ciertas decisiones judiciales en materia penal respecto del imputado. Es explicar por qué razón ha de prohibirse que sean objeto de un nuevo procedimiento los hechos a los que se refiere una decisión jurisdiccional válida dictada previamente, que dispuso la finalización del proceso y que no resulta ya recurrible por algunas de las vías consagradas en la ley vigente³⁴¹.

a) El interés común del Estado y de la persona en la fuerza de la cosa juzgada

En este sentido la cosa juzgada se vincula sin dudas con una pretensión del Estado: la de asegurar que las decisiones tomadas por los jueces tengan carácter final. Es decir que el Poder Judicial tenga una efectiva capacidad de resolver definitivamente los casos que se le planteen. Si las decisiones tomadas por un Tribunal fueran siempre susceptibles de ser modificadas o ignoradas por otro, su autoridad estaría permanentemente en crisis, y con ello la misma potestad de juz-

³⁴¹ Obviamente la cosa juzgada en materia penal puede abarcar otro tipo de decisiones que no necesariamente ponen fin al proceso pero que resuelven por ejemplo incidentes de nulidad, conflictos de competencia u otro tipo de excepciones o medidas que ya no cabría reeditar una vez decididas. Sin embargo, si se mira la cosa juzgada exclusivamente en relación con el *ne bis in idem* el énfasis naturalmente está en cierto tipo de resoluciones: aquellas que de algún modo cierran el proceso de modo tal que respecto del imputado y por los mismos hechos ya no se pueda realizar una nueva persecución.

gar. Además la labor jurisdiccional se tornaría imposible pues los jueces se verían obligados a procesar tanto los nuevos asuntos como los anteriores siempre revisables, o reiniciables.

Junto a la pretensión estatal en reafirmar y ejercer adecuadamente su poder de juzgar, confluye el interés de la persona sometida a proceso penal, que obviamente pretende que la decisión que se ha tomado para “cerrar” el proceso penal en el que está imputada sea realmente definitiva y no que pueda ir variando con el correr del tiempo ya sea por la reapertura del mismo caso si este hubiese sido resuelto a su favor, como por una nueva persecución (sea que haya sido o no condenado en el primer proceso).

Tanto la pretensión estatal como la del sujeto imputado pueden ser conectadas con la idea de seguridad jurídica. La vinculación entre seguridad jurídica y cosa juzgada desde la perspectiva de la persona, viene dada precisamente por los ya mencionados aspectos de certeza y confianza que exige la seguridad jurídica, en este caso al momento concreto de la aplicación del derecho mediante la resolución judicial que decide un caso penal. Se requiere en este sentido la firmeza del derecho³⁴². Para que se pueda confiar en el derecho como algo sustraído a las transformaciones caprichosas, de modo tal que la persona pueda ordenar su vida y ponerla bajo su protección, la seguridad jurídica implica que tanto los derechos como las posiciones de poder y de posesión que han sido fundadas deban subsistir sin ser discutidas o perturbadas. En definitiva, una vez formuladas, las decisiones jurídicas deben mantenerse³⁴³.

³⁴² Se ha hablado en este sentido de “la exigencia que (. . .) aquello que en un momento dado es mi derecho o mi lícito, que lo sea así para siempre; el derecho no podrá devenir en no derecho, el lícito en ilícito” LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffré, Milán, 1975, pág. 571.

³⁴³ En esto se ha seguido a COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín, 1993.

b) La cosa juzgada y la tensión entre la seguridad jurídica y la justicia

Lo dicho no excluye que la afirmación del efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales en materia penal se contraponen muchas veces con la constatación posterior de que lo correcto hubiese sido resolver de otro modo. Una forma de expresar esto es que existe una cierta tensión entre el valor justicia y la afirmación de la seguridad jurídica³⁴⁴. Si se enfatiza esa antinomia³⁴⁵, la cosa juzgada en materia penal podría entenderse como una relativización de la verdad real como fin del proceso penal, que quedaría así subordinada a una verdad meramente formal³⁴⁶. Sin embargo es necesario tener en cuenta que la

³⁴⁴ Por supuesto que esto no implica un planteamiento antinómico al modo de RADBRUCH. Este autor, cuyos planteamientos en torno a la seguridad jurídica son sin duda una referencia ineludible sobre el tema, llegó a afirmar: “Es más importante acabar con la batalla de opiniones políticas que no esperar a ponerle un término justo y con arreglo a fines; es más importante la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad; éstas son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera, consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el orden, la paz”. RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, 4ta. edición. Comares, Granada, 1999, pág. 11.

³⁴⁵ CARNELUTTI la denominó en su momento como una “antítesis irreductible”. CARNELUTTI, Francesco, “*La certezza del diritto*”, en LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, *La certezza del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 204 y 205.

³⁴⁶ La oposición entre cosa juzgada de un lado, y justicia y verdad por otro se expresó claramente en el fallo *Videla* de la Corte Suprema argentina, donde se trató el difícil problema de si la afirmación previa en una sentencia de la misma Corte de que no había existido un plan sistemático del gobierno militar de finales de la década de 1970 para apropiarse de menores, impedía que posteriormente en otro fallo referido a la apropiación de otros menores distintos se afirmara la existencia de ese plan. En particular en el voto del ministro Boggiano se descalificó en duros términos la sentencia anterior: “No es posible reconocer como sentencia judicial un acto político desvinculado del tratamiento congruente de acusaciones concretas. Tal acto político como libre decisión autónoma no es ley para sí misma ni puede erigirse en fuente de justicia. Aquel decisionismo no puede fundar verdad alguna, tampoco en lo atinente a la existencia de un plan estatal sistemático de sustracción de menores, sobre el cual sólo puede haber una insaciable sed de conocer la verdad frente a la cual no es posible hacer prevalecer cualquier construcción pragmática, aunque aparezca bajo una argumentación procesal conveniente.” CSJN, caso *Videla*, sentencia de 21 de agosto de 2003, en *Fallos* 326:2805, voto del ministro Boggiano, conside-

necesidad de clausurar de manera definitiva los litigios es también una manifestación del valor justicia, cuyas formas más básicas de realización referidas a comunitario se expresan normativamente mediante el principio configurador de bien común político. En líneas generales, podría decirse que la seguridad jurídica se entronca con el principio configurador de bien común³⁴⁷, en tanto ella es una condición para una sociedad ordenada de modo correcto. Al mismo tiempo, la cosa juzgada en materia penal respecto del imputado, en tanto exigencia concreta de la seguridad jurídica, también se vincula con la dignidad humana porque puede no ser compatible con el respeto a la persona que exista una sucesión de decisiones jurisdiccionales contradictorias que la desvinculen y la vinculen a una causa criminal³⁴⁸.

El hecho de que en muchos países deba optarse en general por mantener la firmeza de una decisión jurisdiccional incorrecta se puede resolver afirmando que se trata de una forma de realización de la justicia distinta de la que se logra mediante el dictado de sentencias correc-

rando 17. Repárese en que frente a la mentada “insaciable sed de verdad” la cosa juzgada queda rebajada a “construcción pragmática”. Aún cuando fuera posible discutir si aquí operaba o no una excepción a la cosa juzgada, el vocabulario resulta un tanto extremo.

³⁴⁷ En la terminología de PÉREZ LUÑO (ob. cit. pág. 142) La seguridad jurídica se entronca en este sentido con la justicia legal.

³⁴⁸ En este trabajo se ha afirmado ya este aspecto individual de la seguridad jurídica. Pero es interesante constatar que en relación con este aspecto el Tribunal Constitucional Español ha establecido una conexión entre la cosa juzgada y el derecho a la tutela judicial efectiva afirmando: “Ha de admitirse, en consecuencia, que la inmodificabilidad de una sentencia integra también el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De este modo, el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley.” STC sentencia 149/1989, de 22 de septiembre de 1989, fundamento jurídico 2. Esta idea se ha mantenido en la jurisprudencia posterior. Si bien se puede aceptar una cierta conexión entre tutela judicial efectiva y cosa juzgada, lo cierto es que esa conexión se produce mirando al aspecto de seguridad jurídica entrañado en la “efectividad” de la tutela. No parece tan claro que la cosa juzgada deba ser entendida necesariamente como una derivación autónoma de la tutela judicial.

tas, sin necesidad de plantear una oposición tajante entre justicia y seguridad³⁴⁹.

Igualmente es posible que en algunos casos, mediante una nueva decisión jurisdiccional que pondere adecuadamente los aspectos involucrados (en condiciones ideales de seguridad jurídica deberían invocarse también excepciones previstas legalmente), se opte por la negación del efecto de cosa juzgada a una resolución cuestionada como incorrecta. Así ocurre por ejemplo en algunos ordenamientos en los supuestos de cosa juzgada írrita (decisiones gravemente injustas) y cosa juzgada fraudulenta (decisiones en las que el juez resuelve deliberadamente de manera incorrecta o bien falla coaccionado)³⁵⁰. También están los casos de condena penal errónea o devenida en injusta por modificación más benigna de la ley penal, para el cual las leyes procesales de varios Estados establecen la posibilidad de una revisión favorable al imputado³⁵¹. Asimismo, algunos ordenamientos aceptan también la posibilidad de revisión desfavorable al imputado, sobre la

³⁴⁹ PÉREZ LUÑO, ob. cit. págs. 117 y 118. Este autor plantea de todos modos una cierta relativización o “procedimentalización” de la idea de justicia que no es compatible. No se trata de relativizar la justicia o la seguridad jurídica, sino simplemente de entender las limitaciones de la justicia humana, no exenta de situaciones problemáticas o conflictivas, lo que lleva a resolver los casos difíciles recurriendo a principios. En este sentido, la moderna teorización sobre los principios jurídicos da una salida a este tipo de problemas al plantearse que ellos cuentan con una dimensión de peso o importancia, de modo tal que la resolución de un posible conflicto no implica el desplazamiento de uno sino simplemente tener en cuenta el peso relativo de todos los que estuvieran involucrados en el caso (DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 77).

³⁵⁰ Para el caso argentino véase BIDART CAMPOS, Germán J., “La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada”, *El Derecho*, Tomo 136, Buenos Aires, pág. 619. También en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La acción de nulidad por cosa juzgada írrita – aspectos formales y sustanciales–”. *La Ley*, Tomo 2006-B, Buenos Aires, pág. 812. La recepción jurisprudencial de estas excepciones a la cosa juzgada se ha dado por ejemplo en CSJN, Causa M. 2333. XLII., caso *Mazzeo*, sentencia de 13 de julio de 2007, y en Cam. Nac. Crim. y Correc. Fed., Sala I *ad hoc*, causa 39.816.-AMIA, caso *Galeano*, sentencia de 29 de junio de 2007.

³⁵¹ Por ejemplo los arts. 479 a 489 del Código Procesal Penal de la Nación, o los arts. 954 a 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

base de la excepcional aparición de nuevas pruebas contundentes de su intervención responsable en el hecho³⁵². Además, en el derecho internacional existen varias manifestaciones de una relativización de la cosa juzgada en materia penal cuando se trata de la persecución de ciertos delitos particularmente graves, sobre ello se volverá con más detalle en los capítulos siguientes³⁵³.

Es importante destacar en este punto que, a pesar de que desde la perspectiva de la seguridad jurídica ciertos supuestos de negación del efecto de cosa juzgada sean admisibles, ello no alcanza por sí solo para descartar la aplicación en el caso de la prohibición de *bis in idem*. En efecto, un órgano que pretenda realizar una segunda persecución penal debería demostrar además que el imputado no ha sufrido riesgos relevantes en el primer proceso, y que en caso de ser condenado ello no implicará la imposición de una segunda sanción desproporcionada. No es válido descartar de plano la aplicación del *ne bis in idem* solo porque no se advierte la afectación de la manifestación concurrente de cosa juzgada.

En síntesis, para que la prohibición de *bis in idem* excepcionalmente no opere parece más acorde con todos los fundamentos expuestos a lo largo de este apartado descartar primero:

- 1) Que no se habrá de imponer una segunda sanción desproporcionada.
- 2) Que la reiteración del proceso no implicará someter al imputado por segunda vez a riesgos relevantes de modo

³⁵² Así por ejemplo en el Reino Unido rige la posibilidad de un nuevo juicio contra imputados absueltos de ciertos delitos a partir de la entrada en vigencia de la *Criminal Justice Act 2003*, que regula esa posibilidad en sus artículos 75 a 84. Se habla allí de la aparición de *new and compelling evidence*, como fundamento para el nuevo sometimiento a juicio.

³⁵³ Véanse capítulo IV, punto C.1., capítulo V, punto B.1., capítulo VI, punto B.1., capítulo VII, punto B.1., y capítulo VIII, puntos B.5 y C.5.. Solamente a título ejemplificativo puede citarse ahora Corte IDH, Serie C, n° 154, caso *Almonacid Arellano*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154.

que ello sea un trato incompatible con el respeto a su persona

- 3) Que en términos de seguridad jurídica lo perjudicial que de hecho resulta modificar lo previamente decidido por una autoridad judicial se ve adecuadamente contrapesado, ya sea porque la decisión tomada no era manifestación libre del juez o porque lo decidido es tan gravemente injusto que su mantenimiento afecta más la confianza en el derecho y su certeza que la no consideración del efecto de cosa juzgada.

Con que solo una de estas tres manifestaciones no pueda ser descartada la prohibición debería mantenerse operativa y bloquear todo intento de segunda persecución o sanción.

De todos modos corresponde hacer una salvedad: Si con la negación del efecto de cosa juzgada a una resolución lo que se pretende no es iniciar una nueva persecución en pos de la posible imposición de una eventual nueva sanción, sino simplemente anular la resolución cuestionada y reabrir un proceso desde la etapa inmediatamente anterior a dicha decisión, la eficacia obstaculizadora autónoma de la vertiente sustancial del *ne bis in idem* no se configura, y la de la vertiente procesal entendida como doble riesgo resulta más controvertida. Para quienes entiendan que la retrogradación a etapas procesales ya cumplidas dentro del mismo proceso está en el ámbito de aplicación del *ne bis in idem* procesal la reapertura podría ser obstaculizada por esta vertiente. Para quienes consideren en cambio que la retrogradación no se integra en principio al *ne bis in idem*³⁵⁴ la reapertura no debería razonablemente cuestionarse desde esta perspectiva, sin perjuicio de que la cuestión pueda ser analizada a la luz de la garantía del plazo razonable y sus consecuencias.

En definitiva, la reapertura de procesos ya concluidos no es en principio un problema de *ne bis in idem* procesal o sustancial sino de

³⁵⁴ Ello por supuesto puede depender de la concreta configuración positiva (si la hubiere) del *ne bis in idem* en el sistema jurídico de que se trate.

cosa juzgada en materia penal y de plazo razonable, salvo en aquellos ordenamientos que claramente extiendan la vertiente procesal a los supuestos de retrogradación de un proceso a etapas ya cumplidas³⁵⁵.

C) ALGUNAS CONSECUENCIAS PARA LA CORRECTA CARACTERIZACIÓN DEL *NE BIS IN IDEM* DERIVADAS DE SU FUNDAMENTACIÓN

1) ¿PRINCIPIO O REGLA?

Tanto en la jurisprudencia constitucional de Argentina y España ya citada expresamente a lo largo de este capítulo y el previo, como en la bibliografía específica sobre el tema y en algunos instrumentos internacionales es bastante habitual ver mencionado al *ne bis in idem* como un principio jurídico³⁵⁶. Sin embargo, el por qué se utiliza esa denominación no suele ser explicado, y ello no resulta tampoco evi-

³⁵⁵ De todos modos esta afirmación podría ser matizada en algunos casos. Cuando se pretende la reapertura de un proceso cerrado mucho tiempo atrás, como ha ocurrido en la Argentina con ciertos casos de violaciones a Derechos Humanos que se reabrieron prácticamente una década después de clausurados, no resulta descabellado pensar que, desde la perspectiva del *double jeopardy*, se está sometiendo al imputado a un nuevo riesgo y no al mismo, por más que el trámite se desarrolle ante el mismo tribunal y se conserve el mismo número de trámite del expediente. Ya BECCARIA señalaba la importancia de la proximidad entre el delito y la pena, no solamente para “ahorrar al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre” y para que la pena no preceda a la sentencia, sino también porque “cuanto menor es el tiempo que transcurre entre el delito y la pena, tanto más fuerte y más duradera en el ámbito de los hombres es la asociación entre estas dos ideas delito y pena. . .” BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (Edición de Franco Venturi), Bruquera, Barcelona, 1983, capítulo XIX, págs. 89 a 91.

³⁵⁶ Por todos véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004. Entre los instrumentos internacionales sirve como ejemplo la rúbrica al Capítulo III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que se refiere textualmente a la “aplicación del principio ‘non bis in idem’.” Esta normativa será analizada en detalle en capítulo VII puntos A y B. de este trabajo.

dente. Se advierte al mismo tiempo que en el desarrollo de la materia procesal penal, algunos tratadistas desarrollan los principios explicativos separados de las cuestiones constitucionales, y el *ne bis in idem* no aparece expresamente entre los principios³⁵⁷. A continuación se intentará entonces establecer si la prohibición puede ser realmente considerada un “principio”, pues no existe una doctrina unánime acerca de lo que deba entenderse por principio jurídico, y tampoco hay coincidencia sobre las consecuencias que trae aparejadas el hecho de atribuirle ese carácter a una proposición.

En primer lugar, la constatación acerca de si la prohibición de doble enjuiciamiento y punición en materia criminal se trata o no de un principio, implica tomar como punto de partida alguna concepción respecto de qué son esos principios del derecho, y cuáles son sus notas distintivas. De todos modos, se ha de prescindir aquí de un tratamiento exhaustivo de la problemática y de muchas de las múltiples cuestiones que le son conexas, pues ello escaparía al objeto de este trabajo. Por la misma razón sólo se darán algunas explicaciones básicas acerca de la noción.

En la conocida definición aristotélica, principio es lo primero desde lo cual algo es o se conoce o se hace³⁵⁸. Esta breve definición pone en evidencia que para dar una noción de principio referida al orden jurídico resulta necesario preguntarse sobre los fundamentos del derecho. En otras palabras, la noción de principio jurídico es en gran medida tributaria del concepto de derecho que se asuma, y por lo tanto su determinación corresponde a la filosofía jurídica³⁵⁹. Sin embargo,

³⁵⁷ Así por ejemplo en ROXIN, *Derecho procesal penal*, ya citado, págs. 77 a 120, los principios se circunscriben al de oficialidad, acusatorio, legalidad, los principios probatorios y los de forma. En cambio en MAIER, *Derecho procesal penal* . . ., ya citado, el *ne bis in idem* aparece entre los fundamentos constitucionales como un principio “relativo al procedimiento”.

³⁵⁸ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro V, 1013^a (la traducción consultada corresponde a de Azcárate, Patricio, Obras de Aristóteles, volumen 10, Madrid, 1875).

³⁵⁹ Ver BELADIEZ ROJO, Margarita, Los principios jurídicos, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 17 a 42. Esta autora presenta en el capítulo citado un panorama ge-

aún dentro del marco de una misma escuela de pensamiento sobre la filosofía del derecho existen posiciones divergentes en torno a los principios, lo que torna aún más difícil su conceptualización.

Desde la posición de la que aquí se parte, cabe resaltar que la noción general tomada de ARISTÓTELES pone de manifiesto que a los principios se les puede dar un sentido ontológico considerándolos en el orden del ser como causa primera de algo; o un sentido cognoscitivo (lógico-científico), en cuanto a que el principio sirve para explicar el punto de partida del conocimiento, el análisis y la interpretación; o un sentido normativo o prescriptivo (práctico), en cuanto el principio manda o impulsa de manera intrínseca el desenvolvimiento hacia cierto acabamiento, es decir hacia la satisfacción de un fin³⁶⁰. Esa triple caracterización de la noción general de principio también se da entre los principios del derecho, pero con una particularidad: el derecho pertenece al orden práctico. Ello significa que pertenece al ámbito del obrar humano, y dentro de ese ámbito debe distinguírsele de las artes y las técnicas pues el derecho corresponde a la esfera de lo que el hombre hace en vistas a su bien propio, específicamente, a su bien propio en la vida común³⁶¹.

En definitiva, si se le reconoce al derecho su pertenencia al ámbito de lo práctico-moral toda consideración sobre sus principios debe contener una referencia a fines, valores y bienes. Por ello cabe afirmar que, en el sentido ontológico los principios jurídicos son los elementos que lo constituyen, pero también que lo justifican en el plano de la vida humana. Del mismo modo, en lo que se refiere al conocimiento, los principios jurídicos que se identifiquen o se extraigan por inducción y permitan explicar los textos normativos, su aplicación

neral de los diferentes conceptos de los principios del derecho que han surgido en las distintas corrientes iusfilosóficas.

³⁶⁰ Ver VIGO, Rodolfo L., “Los Principios Generales del Derecho” *El Derecho* Tomo 1986-III, pág. 863, y YACOBUCCI, *El sentido . . .*, ya citado, págs. 57 a 60.

³⁶¹ Ver entre muchos otros, MASSINI, Carlos, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 17.

jurisdiccional y los análisis doctrinarios, se vinculan también con los fines políticos. Por último, en el plano del obrar, los principios del derecho referirán al modo en que este se desenvuelve, pero esa referencia irá más allá de una simple consideración empírica, más bien se realizará desde una perspectiva constitutiva, normativa o reguladora³⁶². Cabe afirmar entonces, que en el orden práctico los principios del ser y del conocer están fuertemente vinculados por el plano del obrar³⁶³. En otras palabras, los principios jurídicos, para ser precisamente “jurídicos” deben ordenar conductas, pues ello es lo que los caracteriza como pertenecientes al orden práctico³⁶⁴.

Ahora bien, la afirmación de que los principios jurídicos son siempre “normativos” no basta para determinar si la prohibición de *bis in idem* es o no un principio. Dentro del universo general de las normas todavía se debe distinguir a los principios de las reglas³⁶⁵. Además, aún cuando se le reconociera al *ne bis in idem* el carácter de principio no podría nunca incluirse entre los que poseen alcance más general (bien común político y dignidad humana), pues su naturaleza específicamente penal y procesal penal no puede ser puesta en duda.

³⁶² Ver YACOBUCCI, *El sentido . . .*, ya citado, págs. 72 a 76.

³⁶³ Por eso afirma YACOBUCCI: “Como la materia prima que constituye el ámbito práctico son las conductas humanas, su especificidad está dada por la relación u ordenación a fines y normas. Conducta, norma y fin son los términos básicos que explican el campo de los principios prácticos.” YACOBUCCI, *El sentido . . .*, ya citado, pág. 73.

³⁶⁴ Desde el punto de vista aquí asumido, la caracterización del Derecho como perteneciente al orden práctico lleva a considerar a los fines como principios, pero como principios que ordenan el comportamiento, primando en consecuencia su carácter prescriptivo. De hecho el primer principio de la razón práctica tiene claramente una configuración normativa al disponer que el bien debe hacerse y el mal evitarse. Véase FINNIS, John, *Aquinas*, Oxford University Press, 1998, pág. 86. En igual sentido ARKES, Hadley, *First Things. An inquiry into the first principles of morals and justice*, Princeton University Press, 1986, pág. 162.

³⁶⁵ Ver por ejemplo CIANCIARDO, ob. cit., pág. 194, quien en este punto sigue a ALEXEY. Ver también AARNIO, Aulis, *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 142.

Para resolver entonces el problema de determinar si el *ne bis in idem* es un principio o una regla, resulta necesario recurrir a algún criterio que permita diferenciar ambas clases de normas, para poder así caracterizar adecuadamente a la prohibición en estudio. La tarea ciertamente no es sencilla, pues no hay un acuerdo unánime acerca de los criterios de distinción entre principios y reglas. En líneas muy generales puede decirse que hay autores que plantean una distinción fuerte, de tipo cualitativo, y otros que consideran que se trata simplemente de una diferencia de grado de generalidad, puramente cuantitativa³⁶⁶. Aquí se plantea una distinción fuerte pero algo matizada. Desde esta perspectiva las características diferenciadoras de los principios son: a) que guardan mucha afinidad con los valores y también con fines políticos y éticos; b) que tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen; c) que son mandatos de optimización en tanto ordenan que algo se realice dentro de lo posible, a diferencia de las reglas que son “a todo o nada”; d) que a diferencia de las reglas, no proporcionan razones concluyentes para resolver un caso³⁶⁷. Claro está que la prohibición de *bis in idem* satisface claramente algunos de esos criterios diferenciadores pero respecto de otros resulta menos patente.

El más decisivo de los criterios enunciados (de acuerdo al punto de vista que aquí se manifestó en cuanto al concepto básico de principio y la importancia de los principios configuradores de bien común y dignidad humana) es el primero, que tiene que ver con sus contenidos materiales. En efecto, todo lo dicho ya previamente acerca de la fundamentación de la prohibición permite constatar que ella se vincula de manera bastante directa con la dignidad humana, por ello se entiende que su posición en los diferentes sistemas jurídicos nacionales sea en muchos casos la de una norma constitucional, y que integre expre-

³⁶⁶ Sobre ello SERNA, Pedro, *Jurisprudencia de principios. Una aproximación realista*, manuscrito no publicado, Pamplona, 1993, págs. 36 a 44.

³⁶⁷ Estos criterios distintivos, originados en autores diferentes se hayan así resumidos en AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4, 2000, pág. 593. Existen otros muchos criterios distintivos, pero se entiende aquí con AARNIO que es posible reconducirlos a los enumerados.

samente el catálogo de disposiciones recogidas en instrumentos internacionales de derechos humanos³⁶⁸.

En estrecha conexión con lo anterior, se aprecia también en el *ne bis in idem* una dimensión de peso o importancia que no puede ser menospreciada, tanto por su ya resaltada vinculación con los principios más básicos del sistema jurídico como también por su condición de base explicativa de otras normas. Así por ejemplo es evidente la conexión entre las prohibiciones constitucionales de *bis in idem* y las especificaciones de ella contenidas en las leyes de procedimiento penal, ya sea repitiendo la prohibición y/o regulando la excepción de cosa juzgada o de litispendencia. También sirve de fundamento para establecer diferencias entre las disposiciones que resuelven cómo ha de actuarse ante supuestos de concurso ideal de delitos y concurso aparente de leyes contenidas en los códigos penales en numerosos países de la tradición jurídica continental³⁶⁹.

En cambio los dos últimos criterios diferenciadores pueden generar algunas dudas sobre el carácter de principio de la prohibición de *bis in idem*, en tanto ella parecería expresar un mandato bastante preciso para el juez (no perseguir y no sancionar por segunda vez) que no parece admitir que se la inaplique y que genera la sensación de que permite tomar una decisión sin necesidad de realizar valoraciones adicionales. Sin embargo, esa textura poco general y concreta que en apariencia tiene la prohibición se desdibuja con solo reparar en lo siguiente: Sus diferentes vertientes tienen fundamentos parcialmente distintos y por ello algunas diferencias en sus alcances. Además en algunos paí-

³⁶⁸ Para algunos autores la posición en el sistema jurídico sería un criterio de distinción autónomo. Aquí se plantea que es tan solo una derivación de su fundamento. En similar sentido véase SERNA, ob. cit., pág. 44, para quien “[e]l contenido del principio es de índole moral, versa de modo directo o indirecto sobre la justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad. (. . .) A partir de aquí se explica (. . .) su frecuente localización en los niveles más altos, habitualmente constitucionales, cuando es incluido en textos positivos. . .”

³⁶⁹ Para un análisis más exhaustivo de esas vinculaciones véase GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material*. . . ya citado y ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. . . ya citado.

ses (como los casos ya reseñados de Argentina y España) no aparece expresa en los textos constitucionales y fue reconocida jurisprudencialmente con una capacidad de rendimiento algo diversa³⁷⁰. Asimismo existen numerosos puntos difusos sobre sus alcances que requieren de valoraciones y especificaciones para determinarlos³⁷¹. Por último existen motivos de no aplicación de ella para ciertos supuestos sin que ello implique afirmar su no vigencia³⁷².

A partir de lo expuesto, no parece desacertado hablar del *ne bis in idem* como de un principio jurídico. Más aún, es posible categorizarlo como un principio jurídico positivo (en tanto está expresamente recogido en varios ordenamientos nacionales y aún en normas del Derecho Internacional), y dentro de estos como uno relativo a la toma de decisiones, es decir no orientado a la explicación generalizada del ordenamiento procesal penal o penal sustantivo, ni extraído por induc-

³⁷⁰ En el caso argentino, y sin perjuicio de su previo reconocimiento jurisprudencial, es importante destacar que si bien el *ne bis in idem* no aparece en la Constitución histórica, quedó positivizado de manera equivalente al dotarse de jerarquía constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales a partir de la reforma de 1994. En efecto, el art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada establece que tienen esa jerarquía, entre otros instrumentos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los cuales recogen expresamente la prohibición en sus artículos 8 inc. 4 y 14 inc. 7 respectivamente.

³⁷¹ Sobre estas cuestiones referidas a las distintas manifestaciones de la garantía en el derecho internacional se volverá en los capítulos siguientes, baste por ahora resaltar que son ejemplos de cuestiones difíciles que requieren valoraciones ulteriores: a) la determinación de si en la pretendida segunda persecución o sanción se está realmente ante los mismos hechos (o ante el mismo delito según el sistema jurídico de que se trate) para saber si la garantía resulta operativa; b) la determinación de en qué medida corresponde aplicar la prohibición al ámbito administrativo sancionador; c) establecer hasta que punto debió avanzar el primer proceso para que la prohibición sea aplicable, etc.

³⁷² Algunos de esas excepciones están positivizadas como en el art. 4 del Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos, otras son fruto de una elaboración puramente jurisprudencial como se verá en el acápite sobre excepciones en el sistema interamericano desarrollado en el capítulo IV, punto C.1.



ción de un conjunto de reglas, ni orientado a regular un derecho humano básico en concreto³⁷³.

2) ¿DERECHO O GARANTÍA?

Otra cuestión que corresponde tratar aquí es la determinación de si el *ne bis in idem* es propiamente un derecho fundamental o es más bien una garantía. La referencia a la prohibición como un derecho aparece con claridad en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 50 tiene la rúbrica: “Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción”. También en España, el Tribunal Constitucional se ha referido a la prohibición tanto en términos de derecho como de garantía. Así, ha hablado en alguna oportunidad del “derecho fundamental del recurrente a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento³⁷⁴”, en tanto que en otros casos ha superpuesto las dos expresiones afirmando que “[l]a garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental³⁷⁵”. Esta forma de presentar la prohibición ha tenido además cierta recepción en la doctrina de aquel país³⁷⁶. Del mismo modo en Francia han habido intentos doctrinarios de superar las actuales formulaciones del *ne bis in idem*, presentándolo en su faz individual como un “derecho a

³⁷³ Aquí también se sigue la categorización de AARNIO, “Reglas y principios . . .”, ya citado, págs. 595 y 596. Para un desarrollo más extenso de las tipologías de principios véase RODRIGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 51 a 125.

³⁷⁴ Entre otras STC, sentencia 180/2004, de 2 de noviembre de 2004, fundamento jurídico 7.

³⁷⁵ Entre otras STC en pleno, sentencia 2/2003, ya citada, fundamento jurídico 3.a).

³⁷⁶ Por todos PÉREZ MANZANO, ob. cit. pág. 79 donde señala, respecto del *ne bis in idem* procesal que: “[E]l derecho a no ser sometido dos veces a un procedimiento sobre los mismos hechos (. . .) puede concebirse como una garantía derivada del derecho a la tutela judicial efectiva (. . .) o como una garantía enmarcada en el ámbito del derecho a un juicio justo”.

la unicidad de la sanción represiva”, que tendría proyecciones incluso en una consideración internacional de la prohibición³⁷⁷.

No obstante los planteamientos mencionados, parece más adecuado sostener que el *ne bis in idem* está comprendido entre las garantías, entendidas estas como medios orientados a proteger los derechos de la persona frente al Estado o bien contra el Estado³⁷⁸. No es la prohibición en estudio la expresión jurídica de un bien humano básico, ni puede ser considerada como parte del contenido de ningún derecho humano en particular. Ella constituye más bien un mecanismo de tutela orientado a evitar la vulneración del conjunto de derechos fundamentales que pueden llegar a ser afectados en el marco de un proceso penal, por las múltiples restricciones que éste conlleva, como quedara dicho al exponer sus fundamentos. Es una manera de proteger a la persona evitando que el poder penal sea ejercido de manera repetida y por eso mismo abusiva³⁷⁹. Además su carácter de garantía resulta más fácil de comprender tomando en consideración su incardinación en el

³⁷⁷ En este sentido véase LELIEUR FISCHER, Juliette, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Tesis doctoral presentada Paris I, 2005, en especial pág. 337 y siguientes. Para la autora existe un principio general de unicidad de la acción represiva y su contraparte, un derecho individual a la unicidad de la acción represiva que se fundamenta a su vez en criterios de seguridad jurídica, igualdad, y reinserción social entre otros.

³⁷⁸ Véase BIDART CAMPOS, Germán J. y HERRENDORF, Daniel E., *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991, pág.215.

³⁷⁹ Es cierto que, aún separándolas de los derechos, tampoco hay una única forma de entender a las garantías. Resulta clásica en la doctrina argentina la categorización de LINARES para quien se puede hablar de las garantías en: a) un sentido amplísimo, incluyendo la existencia de una constitución escrita o las declaraciones de derechos; b) un sentido amplio, que abarca las garantías políticas como la división de poderes, o los mecanismos de selección de jueces, etc.; c) un sentido estricto que se refiere al conjunto de las garantías judiciales a través de las cuales un tribunal decide conflictos; d) un sentido estrictísimo que incluye ciertas manifestaciones muy concretas del debido proceso y aquellos procedimientos expeditivos orientados a atender con premura violaciones graves de algún derecho, como el hábeas corpus o el amparo. LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires 1989.

conjunto de las garantías del proceso equitativo, en los términos que se expresaran previamente.

De todos modos es cierto que toda norma garantizadora, establecida como obligación estatal, puede ser considerada también desde la perspectiva de la persona que se ve directamente beneficiada por esa forma más concreta de encauzar el poder del Estado. De este modo suele otorgársele a la persona individual la facultad de reclamar el cumplimiento de las obligaciones estatales establecidas expresamente para garantizar sus derechos. Pero en el caso del *ne bis in idem* eso no parecería ser más que el reflejo individual de la obligación del Estado de no perseguir ni sancionar dos veces, y no un elemento con autonomía conceptual suficiente como para ser erigido en un derecho distinto³⁸⁰ (susceptible a su vez de ser garantizado mediante diferentes mecanismos de tutela). Los derechos auténticamente fundamentales no se explican a partir de la obligación de protegerlos ni constituyen simplemente la contracara de una obligación³⁸¹. Si se los considerara de ese modo se podría hacer depender la vigencia de los derechos de la efectiva consagración y aplicación de las garantías destinadas a protegerlos. En todo caso la inexistencia de garantías suficientes implica una vulneración de los derechos y no la afirmación de su no vigencia³⁸².

³⁸⁰ Por su parte LELIEUR FISCHER (ob. cit., pág. 387 y siguientes) entiende que la vinculación entre *ne bis in idem* y dignidad humana es la que permite entender la unicidad de la sanción retributiva como un derecho fundamental. Aquí se entiende que si bien, por sus fundamentos, el carácter de garantía ius fundamental de la prohibición de *bis in idem* es innegable, ello por sí solo no basta para considerarla propiamente como un derecho.

³⁸¹ Como puede verse, esto implica disentir con el planteamiento kelseniano según el cual todo derecho no es más que el reflejo de una obligación. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de R.J. Vernengo, UNAM, México, 1979, pág. 141. Por el contrario, lo que en el presente trabajo se plantea es que si bien resulta posible advertir que toda obligación puede tener como reflejo la facultad de reclamar por parte del acreedor, los derechos fundamentales no se explican de ese modo.

³⁸² En igual sentido FERRAJOLI, *Derechos y garantías* . . . , ya citado, pág. 43., para quien confundir derechos y garantías tiene como consecuencia precisamente “negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas”.

Asimismo, ver al *ne bis in idem* como un derecho implica ampliar innecesariamente el catálogo de ellos, de por sí ya bastante extenso dada la tendencia actual hacia la proliferación de instrumentos nacionales e internacionales que los consagran³⁸³. Por último, la consideración de la prohibición como una garantía, no significa un desmedro para ella, o una reducción de su ámbito de aplicación³⁸⁴. Por el contrario, si se entiende a las garantías positivizadas en textos constitucionales o en instrumentos de Derechos Humanos como formas mínimas de protección de los derechos y no como derechos autónomos, resultará más difícil limitarlas invocando razones de interés general.

³⁸³ Una certera crítica al fenómeno de la proliferación de los derechos puede verse en D'AGOSTINO, Francesco, "Los derechos y deberes del hombre" en SALDAÑA, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, págs. 97 y 98.

³⁸⁴ Por supuesto que el ámbito de aplicación tiene una cierta variabilidad según los términos utilizados para la consagración positiva en los distintos ordenamientos, y la interpretación que de esos textos legales hagan los respectivos órganos de aplicación. Como quedara dicho, no es exactamente lo mismo si la garantía prohíbe ser juzgado nuevamente por los mismos "hechos" o bien por el mismo "delito"; o que se requiera como presupuesto una sentencia firme o bien una resolución de otro tipo; que se incluyan excepciones expresas o no se lo haga, etc.

CAPÍTULO IV
EL *NE BIS IN IDEM* EN LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS

A) GARANTÍAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN GENERAL

1) CRITERIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

En el presente capítulo, y en los dos que siguen, se mostrará la regulación del *ne bis in idem* en tres instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para conocer el estado actual de sus alcances en esta área tan importante del actual Derecho Internacional. Los instrumentos seleccionados para este análisis son tres: La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como bien es sabido, se trata de dos convenios regionales y uno surgido en el seno de las Naciones Unidas. El primero y el último rigen efectivamente en la Argentina, y obviamente no la Convención Europea. No obstante, el análisis de esta última es muy relevante a los fines del presente trabajo. Ello es así porque las disposiciones de esa convención y la jurisprudencia del Tribunal Europeo que la interpreta y aplica han alcanzado quizás un mayor grado de desarrollo, y son además tomadas en cuenta en los demás sistemas de protección de Derechos Humanos

como punto de referencia³⁸⁵. Por otra parte, considerando el hecho de que en el capítulo VII se analizará el funcionamiento de la garantía en la normativa de la Unión Europea, el conocimiento previo de lo que ocurre en el marco más amplio del Consejo de Europa (en el cual se inserta la Convención Europea de Derechos Humanos) aparece como ineludible.

En líneas generales, para todo lo referente a la interpretación de los tratados internacionales de Derechos Humanos, no es posible obviar la mención a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyos artículos 31 a 33 establecen las pautas aplicables al efecto con sujeción al principio de la buena fe, fijando criterios objetivos (interpretación literal, integral y teleológica), y subjetivos (intención de las partes contratantes), debiendo emplearse estos últimos sólo cuando los primeros resultan insuficientes para aclarar el sentido de las normas. El criterio teleológico, esto es el que atiende al objeto y al fin de la norma interpretada, implica en cuestiones de Derechos Humanos tener en cuenta que los pactos tienden a la protección eficaz de esos derechos, y que por lo tanto entre los diversos significados que se le puedan atribuir a sus disposiciones priman aquellos que permiten que el régimen de protección alcance su mayor capacidad de rendimiento.

En estrecha conexión con lo antedicho, deben mencionarse las reglas interpretativas derivadas del principio progresividad de los derechos humanos, y del principio *pro homine*. El primero de ellos alude a que los sistemas de protección enunciados en los pactos evolucionan en dirección a una mayor expansión del contenido de los derechos y de su garantía. De esto se infiere que las disposiciones de los pactos deben ser entendidas como estándares mínimos, como una suerte de

³⁸⁵ De todos modos hay que tomar en cuenta que no siempre es factible utilizar la Convención Europea y la Jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo como referencias para interpretar las disposiciones pertinentes de la Convención Americana, sobre todo cuando los derechos o las garantías están regulados en forma muy diferente. En materia de *ne bis in idem*, como se verá a lo largo de este capítulo y en los siguientes, existen semejanzas pero también diferencias notables.

“piso” que no agota el ámbito de los derechos y las garantías en ellos establecidos. El segundo se refiere a que los derechos humanos están establecidos en favor de la persona humana, sin distinción o acepción. De ello se siguen dos consecuencias importantes. La primera es que las disposiciones de los tratados deben siempre interpretarse del modo más favorable a la persona, es decir extensivamente si son normas que establecen o amplían derechos y garantías, o restrictivamente si por el contrario les fijan límites o reducen su alcance. La segunda es que las normas establecidas en los convenios de Derechos Humanos no pueden ser invocadas para menoscabar normas más garantizadoras que puedan existir en la órbita del derecho internacional o del ordenamiento interno, independientemente de su jerarquía normativa.

Estos principios tienen su expresión positiva en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, ya sean declaraciones o convenciones. Así, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos humanos se refiere en su último párrafo a los derechos humanos como “medidas progresivas de carácter nacional e internacional”. También el último de los considerandos que anteceden al preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre habla de un “sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más ...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene también por su parte en los dos incisos de su artículo 5 reglas interpretativas que se vinculan a estos principios. Así en el primer inciso se señala:

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en

un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

En el caso de la Convención Americana, es el artículo 29 el que contiene las normas de interpretación más relevantes a este respecto, al establecer que:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

Estos lineamientos generales, que merecerían por cierto un tratamiento más profundo³⁸⁶, han sido asumidos como pautas directrices para el análisis que sigue.

³⁸⁶ Estos principios han sido recibidos por ejemplo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver al respecto, y a título de ejemplo: Corte IDH, serie A, n° 5, Opinión Consultiva OC 5/85, párr. 46, 51 y 52, Serie A, n° 8,

B) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

1) CUESTIONES GENERALES

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra el *ne bis in idem* de un modo bastante peculiar. En efecto, en el art. 8 de la citada convención se lee:

Artículo 8. Garantías judiciales

(. . .)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

El primer elemento llamativo de esa formulación es que se establezca como único titular de la garantía al “inculpado absuelto” y, correlativamente, que lo que único que parece prohibirse es “el nuevo juicio”. Esta redacción parecería dejar increíblemente desprotegidos a

Opinión Consultiva OC 8/87, párr. 21 y 55, y Serie A, n° 2, Opinión Consultiva OC 2/88 párr. 29.

Para el desarrollo en la doctrina véanse, entre muchos otros, HITTERS, Juan C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991. T.1, pág. 188, párr. 164. ; y los artículos que a continuación se mencionan, publicados en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristián (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997: PINTO, Mónica. “El principio pro hómine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, pág. 163. BIDART CAMPOS, Germán J. “El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional”, pág. 79, párr. 6-7. MONCAYO, Guillermo R. “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”, pág.95. Consúltese asimismo GARCÍA, Luis M. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”, en GARCÍA, Luis M. *et al.*, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002.



los sujetos previamente condenados. Otro elemento destacable es que se habla de “inculcado” lo que pone de manifiesto el carácter eminentemente penal de la garantía. Este aspecto merece de todos modos un análisis más detallado, pues en el orden interamericano las garantías del proceso equitativo han demostrado tener una suerte de vocación expansiva, y además en otros sistemas de Derechos Humanos que se analizarán luego en los dos capítulos siguientes la garantía se ha extendido también al ámbito administrativo-sancionador. Un tercer elemento de relevancia es que, según la norma transcrita, la prohibición opera cuando el nuevo juicio versa sobre los “mismos hechos”. En otras formulaciones del *ne bis in idem* en instrumentos internacionales se habla en cambio, como luego se verá, del “mismo delito”. Por último, es destacable la referencia a una “sentencia firme” como presupuesto para que la garantía sea operativa. Con ello podrían quedar excluidos del ámbito de aplicación de ella los supuestos en los que la resolución no es propiamente una sentencia. Estas características del *ne bis in idem* de la Convención Americana constituyen sus elementos centrales, de los que habrá de ocuparse mayormente el análisis que sigue. Sin perjuicio de ello corresponde tratar también aquí otras cuestiones relevantes como la existencia de excepciones a la aplicación de la garantía, la posibilidad de suspenderla en estados de excepción, y el carácter internacional o interno del *ne bis in idem* consagrado en la Convención Americana.

2) EL TITULAR DE LA GARANTÍA

La lectura de la versión interamericana de la prohibición de *bis in idem* muestra que la prohibición protege al “inculcado absuelto”. Esto plantea algunos problemas en punto a determinar quién es el titular de la protección dispensada por la Convención. El giro utilizado genera en primer lugar dudas en cuanto a qué pasa con los imputados previamente condenados. Sin embargo ello tiene que ver más bien con establecer si la versión interamericana de la garantía abarca los casos

de doble punición (*ne bis in idem* sustantivo), tema que será tratado en el punto siguiente.

Otra cuestión que puede generar dudas en torno a la voz inculgado es si ella se refiere a persona imputada de un delito en sentido estricto, o también abarca a los supuestos en que se imputan otra clase de ilícitos del ámbito administrativo sancionador. Ello sin embargo, más que un problema estricto de la titularidad de la garantía (si bien está indudablemente relacionado con ella) constituye ante todo una cuestión que hace a la extensión de la prohibición en función de la materia. En este caso el problema es determinar qué se entiende exactamente por materia penal a los fines del *ne bis in idem*. Esto será tratado luego separadamente en el punto 4.

De lo que se trata aquí entonces es de saber si la garantía se refiere sólo a una de las partes dentro del proceso, o si protege también a otras y, de modo más general si ampara únicamente de la persona humana o también a personas jurídicas.

En relación con el problema de las partes en el proceso, el uso de la voz “inculgado” despeja toda duda en punto a que únicamente el imputado está protegido por la prohibición de *bis in idem*. A diferencia de otras disposiciones de la Convención Americana en las que la utilización de la expresión “persona” o “toda persona” ha generado algunas polémicas sobre quién es realmente el beneficiario de la protección dispensada por esas normas³⁸⁷, el texto de la Convención Americana es clarísimo en este punto. Pero aún cuando no lo fuera, el tipo de protección dispensado por el *ne bis in idem*, es decir su propia definición como prohibición de doble sanción o bien de doble someti-

³⁸⁷ Así por ejemplo con relación con la posibilidad de que el querellante sea titular del derecho al recurso previsto en el art. 8 inc. 2, h) de la Convención véase GARCÍA, Luis M., “El derecho a recurrir contra la sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH habla sobre su alcance pero se queda a mitad de camino”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 9, Lexis Nexis, Buenos Aires, Mayo 2005; JUGO, Gabriela, “El derecho de recurrir la sentencia penal contenciosa y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos”, en GARCÍA, Luis M. *et al.*, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.

miento a proceso (o doble persecución) conduciría razonablemente al mismo resultado³⁸⁸.

En lo que hace a la determinación de si la prohibición de *bis in idem* de la Convención Americana alcanza también a las personas jurídicas, lo primero que corresponde poner de resalto es que, como se anticipó en el capítulo II³⁸⁹, la relevancia práctica del problema está en buena medida atada a que se acepte la responsabilidad penal de la persona jurídica, o a que se extienda el alcance de la prohibición al ámbito administrativo sancionador. Pero en lo que hace a los instrumentos de Derechos Humanos, la cuestión central es saber en qué medida los derechos y garantías en ellos consagrados pueden ser válidamente referidos a otros sujetos distintos de la persona humana. El texto de la Convención Americana parece ser en este sentido muy terminante, pues su art. 1, inc. 2 establece: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

El significado de esta disposición en relación con la cuestión de si la persona jurídica puede ser considerada titular de los derechos y garantías establecidos en la Convención fue primeramente abordado por la Comisión Interamericana en varios informes en los que enfáticamente negó tal posibilidad. El mejor ejemplo de la posición denegatoria lo constituye sin dudas un informe de 1999, correspondiente al caso *MEVOPAL S.A.*, donde recapitulando su doctrina hasta entonces la Comisión dijo:

“15. A continuación, la Comisión analizará si tiene competencia para examinar una petición donde la presunta víctima es un ente con personalidad jurídica. El artículo 1 de la Convención Americana señala:

³⁸⁸ Así y todo se podría plantear en abstracto una prohibición análoga de doble sometimiento a proceso de las víctimas, derivada no ya (obviamente) del riesgo de resultar condenadas sino de la no reiteración de los males del proceso dentro de la lógica de la victimización secundaria. Claro que semejante prohibición traería el problema de su adecuada armonización en algunos casos con el derecho del imputado a la producción y al control de la prueba.

³⁸⁹ Ver capítulo II, punto B.1.b).

(. . .)

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

16. Conforme a esta disposición y de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Comisión y la jurisprudencia de la Corte, la Comisión entiende que víctima es toda persona protegida por la Convención, según lo establece, de manera genérica, su artículo 1(1) en concordancia con las normas que establecen los derechos y libertades específicos reconocidos en ella.

17. Asimismo, de acuerdo al segundo párrafo de la norma transcrita, la persona protegida por la Convención es ‘todo ser humano’, --en inglés ‘every human being’ y en francés ‘tout etre humain’. Por ello, la Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o naturales, excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material. Esta interpretación se confirma al verificar el verdadero significado que se le atribuye a la frase ‘persona es todo ser humano’ con el texto del Preámbulo de la Convención, el cual reconoce que los derechos esenciales del hombre ‘tienen como fundamento los atributos de la persona humana’ y reitera la necesidad de crear condiciones que permitan a cada persona ‘realizar el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria’.

18. En el presente caso, es evidente que quien se presenta ante la Comisión como presunta víctima es una persona jurídica y no una persona física o natural, por cuanto la peticionaria ha alegado que existe una relación substancial entre MEVOPAL, S.A. y las violaciones alegadas. En efecto, las violaciones señaladas por la peticionaria ante la Comisión se refieren a actos u omisiones de las autoridades argentinas que presuntamente causaron perjuicios y daños a la empresa. De los recaudos aportados por la peticionaria, la Comisión observa que los recursos internos fueron interpuestos y agotados por MEVOPAL, S.A. en su carácter de persona jurídica (. . .).

19. Por otra parte, la Comisión nota que MEVOPAL, S.A. no ha alegado ni probado que los accionistas de dicha empresa, ni ninguna otra persona física, hayan sido víctimas de violaciones a los

derechos humanos. Tampoco ha alegado que alguna persona física o natural haya agotado los recursos de la jurisdicción interna, se haya presentado ante las autoridades nacionales como agraviado, ni haya manifestado algún impedimento para dejar de hacerlo.

20. Con relación a esta petición, la Comisión ratifica su práctica y su doctrina en el caso Banco del Perú¹ y en el caso Tabacalera Boquerón,² donde afirmó que no tiene competencia *ratione personae* para conocer una petición presentada ante la Comisión por una persona jurídica o ideal, por cuanto éstas se encuentran excluidas de los sujetos a quienes la Convención otorga su protección³⁹⁰.”

El análisis de la cuestión es, como puede verse, considerablemente extenso. La Comisión realiza un esfuerzo argumental a partir de las referencias a “persona humana” contenidas tanto en la Convención como en su preámbulo, para insistir en que las personas de existencia ideal no son sujetos protegidos, sin perjuicio de su posible intervención en el sistema interamericano para denunciar violaciones sufridas por personas humanas³⁹¹.

No obstante esa posición negativa, la cuestión ha variado en nuestro sistema regional pues la Corte Interamericana se ha manifestado a favor de considerar a la persona jurídica como uno de los sujetos amparados por las disposiciones de la Convención criticando expresamente la posición de la Comisión. El mejor exponente de este punto de vista lo constituye la sentencia sobre excepciones preliminares dictada en el caso *Cantos*.³⁹² Allí la Corte comenzó por transcribir la posición de la Comisión antes esbozada, que el Estado Argentino había hecho suya para plantear como excepción que no debían tratarse las presuntas violaciones sufridas por las empresas del denunciante³⁹³.

³⁹⁰ Comisión IDH, Informe 39/99, caso *MEVOPAL S.A.*, de 11 de marzo de 1999, párr. 15 a 20.

³⁹¹ *Idem*, en especial párr. 12 a 14.

³⁹² Corte IDH, Serie C, nro. 85, caso *Cantos vs. Argentina (excepciones preliminares)*, sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 22 a 31.

³⁹³ *Idem*, párr. 22 y 23.

Sin embargo, la Corte manifiesta su rechazo a ese punto de vista argumentando del siguiente modo:

“24. (. . .) Según este criterio, una sociedad civil o comercial que sufriera una violación de sus derechos reconocidos por la Constitución de su país, como la inviolabilidad de la defensa en juicio o la intervención de la correspondencia, no podría invocar el artículo 25 de la Convención por ser precisamente una persona jurídica. Ejemplos semejantes podrían ser mencionados respecto de los artículos 10 y 24 de la Convención, entre otros.

25. Cabe examinar a continuación el artículo 21 de la Convención Americana relativo a la propiedad privada, que interesa en este caso. Según la interpretación que la Argentina sugiere y que la Comisión parece compartir, si un hacendado adquiere una máquina cosechadora para trabajar su campo y el gobierno se la confisca, tendrá el amparo del artículo 21. Pero, si en lugar de un hacendado, se trata de dos agricultores de escasos recursos que forman una sociedad para comprar la misma cosechadora, y el gobierno se la confisca, ellos no podrán invocar la Convención Americana porque la cosechadora en cuestión sería propiedad de una sociedad. Ahora bien, si los agricultores del ejemplo, en vez de constituir una sociedad, compraran la cosechadora en copropiedad, la Convención podría ampararlos porque según un principio que se remonta al derecho romano, la copropiedad no constituye nunca una persona ideal.

(. . .)

27. En el caso sub *judice*, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.

28. Además de ello, se podría recordar aquí la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como esta Corte lo ha hecho en varias ocasiones, y afirmar que la interpretación pretendida por el Estado conduce a resultados irrazonables pues implica quitar



la protección de la Convención a un conjunto importante de derechos humanos.

29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana (. . .) esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas.

30. En el caso sub judice se ha comprobado en el expediente judicial C-1099 tramitado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que todos los recursos administrativos y judiciales, salvo una denuncia penal y un amparo interpuestos en 1972, al inicio de los hechos denunciados, fueron presentados directamente por ‘derecho propio y en nombre de sus empresas’ por el señor Cantos. En razón de ello la supuesta violación de los derechos de la Convención del señor Cantos podrá ser analizado por este Tribunal en la etapa de fondo correspondiente, en los términos de los párrafos 40 y 41³⁹⁴.”

Como puede verse, los argumentos principales de la Corte Interamericana están claramente orientados a generar la sensación de que la exclusión de las personas jurídicas del conjunto de derechos y garantías reconocidos en el sistema interamericano constituye un absurdo y por ello algo inaceptable.

Lo primero que hace la Corte en este sentido es señalar, ya con un tono crítico, que la violación de importantes derechos y garantías no tendría ninguna relevancia si se dejara desprotegida a la persona jurídica. Es interesante resaltar que entre los ejemplos incluye la cuestión de la defensa en juicio, que en la Convención Americana aparece

³⁹⁴ *Idem*, párr. 24 a 30.

en el art. 8 de las garantías del proceso equitativo (el mismo artículo en el que se consagra el *ne bis in idem*).

En segundo lugar, para fortalecer su punto de vista crítico la Corte analiza en concreto la situación del derecho de propiedad, cuya violación se había denunciado en el caso, tratando de demostrar mediante el ejemplo de los agricultores que es inaceptable tratar de manera diferente un caso de adquisición de un objeto por parte de un grupo de personas en copropiedad, que hacerlo a través de una figura societaria.

A partir de esas dos ideas, y luego de una breve descripción de las razones por las cuales las personas físicas se relacionan entre sí a través de sociedades³⁹⁵, el análisis deriva en una afirmación un tanto dogmática en cuanto a que los derechos de las personas jurídicas en general se resuelven en los de las personas físicas que las integran o las administran. Esto no parece del todo exacto expresado de manera tan general. En todo caso sí cabría pensar que la afectación de la persona jurídica puede significar un cierto menoscabo del patrimonio de su titular, o bien de su libertad de asociación o eventualmente de trabajo. Lo que parece dudoso es que haya una correlación directa por la cual la afectación de cualquiera de los derechos y garantías atribuidos a una persona jurídica en un ordenamiento local implique necesariamente la afectación de esos mismos derechos y garantías de la persona humana que la posee o la administra. Lo cierto es que a partir de esa afirmación la Corte ya se siente autorizada en los párrafos siguientes a calificar de absurda la posición del Estado Argentino y de la Comisión, dando entender que ella generaría importantes lagunas en la protección dispensada por el sistema interamericano.

Recién en los párrafos finales de su argumentación la Corte intenta acotar un poco la posibilidad de que las afectaciones a personas jurídicas sean automáticamente consideradas violaciones a derechos y garantías reconocidos en el sistema interamericano, al hablar de que

³⁹⁵ Ese análisis no fue copiado aquí para no alargar una transcripción de por si extensa. Véase de todos modos *idem*, párr. 26.

ello puede ocurrir en “determinados supuestos” y de la necesidad de “hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana”. Sin embargo, más allá de la necesidad genérica de acotar, el Tribunal no proporciona ningún criterio preciso para hacerlo. Únicamente hace referencia a una jurisprudencia anterior (que no tiene mucho que ver con la cuestión de si la Convención ampara a las personas jurídicas sino con las limitaciones al ejercicio de los derechos de los socios de una empresa³⁹⁶) y a resaltar que el denunciante Cantos había agotado en este caso los recursos de los que disponía en el derecho interno, tanto en nombre propio como en el de sus empresas.

A partir de lo expuesto queda en evidencia que la Corte Interamericana ha ampliado el ámbito de aplicación de la Convención incluyendo a las personas jurídicas. Lo ha hecho además de manera bastante genérica, dando a entender que quedan incluidos en esta visión amplia un conjunto importante de derechos y garantías. Si bien ha intentado señalar al mismo tiempo que existen algunos límites a esa ampliación, no ha proporcionado indicaciones precisas acerca de ellos. En este estado de cosas, cabe pensar que la Corte está dispuesta a incluir a las personas jurídicas entre los sujetos amparados por las garantías del proceso equitativo recogidas en el art. 8 de la Convención Americana, en la medida en que ellas estén sujetas a procedimientos sancionadores que puedan ser entendidos como “materia penal” tal como se verá en breve en el punto 4 de este mismo apartado. Ello incluye obviamente a la prohibición de *bis in idem*.

³⁹⁶ Véase Corte IDH, Serie C, nro. 74, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 123, 125, 138 y 156. En este fallo la Corte estimó la violación de un conjunto de derechos de un sujeto, pero en particular de su derecho a la propiedad consagrado en el art. 21 de la Convención porque el Estado le había restringido indebidamente el manejo de sus acciones en una sociedad y los derechos derivados de su condición de accionista.

3) DOBLE PUNICIÓN-DOBLE ENJUICIAMIENTO

El hecho, resaltado al comienzo del punto anterior, de que el texto de la versión interamericana del *ne bis in idem* mencione exclusivamente al “imputado absuelto” resulta francamente difícil de comprender. En efecto, surge con claridad del repaso histórico que se ha hecho de la evolución de la garantía que una de sus finalidades principales ha sido la de evitar que las personas respondan penalmente dos veces por lo mismo. La interpretación literal de la norma interamericana sobre *ne bis in idem* llevaría entonces a reducir mucho el alcance de la garantía. El imputado previamente condenado podría ser juzgado y condenado en múltiples ocasiones sin que con ello se estuviera violando la Convención³⁹⁷.

a) **Una redacción defectuosa, y su interpretación por los órganos interamericanos**

Los propios Órganos Interamericanos parecen haber seguido en algunos casos esa interpretación literal. Así la Comisión ha llegado a afirmar en su informe correspondiente al caso *Alan García* que la absolución previa es un elemento constitutivo de la garantía según la Convención, y que tal absolución previa significa la declaración de no responsabilidad penal, ya sea porque se ha demostrado la inocencia de la persona imputada, porque no se ha podido probar su culpabilidad o porque resultan atípicos los hechos que le han sido atribuidos³⁹⁸.

³⁹⁷ Esta interpretación limitada de la garantía en la Convención Americana ha sido asumida como una característica diferenciadora del texto en análisis con otras normas internacionales de derechos humanos. Véase por ejemplo *Juicios Justos, Manual de Amnistía Internacional*, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 1998, pág. 103.

³⁹⁸ Comisión IDH, Informe 1/95, caso *Alan García*, párr. 3, donde se lee: “Del análisis de la letra del mencionado artículo surge que los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:

1. el imputado debe haber sido absuelto; (. . .)

La Convención Americana al establecer ‘imputado absuelto’ implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido declarada exenta

En similares términos la Corte Interamericana ha sostenido en la sentencia correspondiente al caso *Cantoral Benavidez* que entre los elementos que conforman la situación regulada en el art. 8, parr. 4 de la Convención se encuentra la realización de un primer proceso que culmina con una sentencia firme de carácter absolutorio³⁹⁹. Esa misma afirmación, con cita expresa a *Cantoral*, se repitió en la sentencia sobre el fondo del caso *Lori Berenson Mejía*⁴⁰⁰.

Sin embargo cabe preguntarse si la consagración de esta versión limitada de la vertiente procesal del principio no lleva de algún modo implícitas la prohibición de juzgar mediando condena previa, y la prohibición de doble sanción por los mismos hechos ya sea en el mismo o en diferentes procedimientos (vertiente sustantiva). En efecto no parece tener sentido prohibir que una persona corra dos veces el riesgo de resultar condenada penalmente por el Estado cuando fue previamente absuelta, si al mismo tiempo se permite que pueda ser juzgada de nuevo cuando fue condenada previamente (mayor riesgo) o, peor aún, que pueda efectivamente ser condenada dos veces⁴⁰¹. Es por eso que, más allá de lo que parece surgir de los precedentes antes citados resulta más razonable lo dicho a este respecto por la misma Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo*, donde luego de

de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados.”

³⁹⁹ Corte IDH, Serie C, nro. 69, caso *Cantoral Benavidez vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 137 donde concretamente se lee: “Observa la Corte que, entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio”.

⁴⁰⁰ Corte IDH, Serie C, nro. 119, caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 202, donde se utilizan los mismos términos.

⁴⁰¹ Una interpretación literal de la Convención Americana en este punto ha sido considerada como un “absurdo jurídico” por ACEVEDO, Domingo E., “La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis in idem*) en el caso *Loayza Tamayo*”, en *Liber Amicorum, Héctor Fix Zamudio*, Vol. 1, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pág. 292.

transcribirse el limitado texto del *ne bis in idem* de la Convención se afirmó sin embargo que “(e)ste principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”⁴⁰². Hay que destacar aquí la referencia a individuos que han sido previamente “procesados”. El término resulta aplicable tanto a los casos de condena previa como a los de absolución previa, además de tener su incidencia en la problemática de si la garantía comienza a operar cuando hubo juicio previo o cuando hubo proceso previo. En el caso, la víctima de las violaciones denunciadas había sido efectivamente absuelta por el tribunal local que actuó en primer término⁴⁰³. Hay otra afirmación interesada en este fallo que se vincula con la cuestión. Concretamente, la Corte Interamericana dijo que era de suyo incompatible con el art. 8, parr. 4 de la Convención Americana la existencia de dos leyes penales que se referían a conductas no estrictamente delimitadas y que por tanto podían llegar a aplicarse ambas a los mismos hechos⁴⁰⁴. Ahora bien, si se afirma en abstracto y con ese argumento la incompatibilidad de las normas con la garantía, parece claro que se está asumiendo que el *ne bis in idem* prohíbe enjuiciar o castigar más de una vez a quien ya ha sido sancionado.

De todos modos, dado que el caso *Loayza Tamayo* es anterior a *Cantoral Benavidez* y *Lori Berenson Mejía*, surge la duda sobre si la

⁴⁰² Corte IDH, Serie C, nro. 33, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 66.

⁴⁰³ *Idem*, párr. 76. En realidad se trataba de una cuestión disputada. El Estado alegaba que la primera resolución no era una absolución sino de una declaración de incompetencia; pero la Corte, viendo los términos de dicha resolución de un tribunal local, entendió que se trataba de lo primero (véanse párr. 67 a 75).

⁴⁰⁴ *Idem*, párr. 68. Allí la Corte criticó los decretos leyes n° 25.659 y n° 25.475 del Perú que consagraban respectivamente el delito de traición a la patria y el de terrorismo en términos prácticamente idénticos, y afirmó: “Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la “*propia Policía (DINCOTE)*”. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.”

doctrina de estos últimos no implica un cambio relevante respecto de lo sostenido en aquel. Nótese sin embargo que en el citado caso *Cantoral Benavidez*, la víctima de las violaciones allí declaradas había sido efectivamente absuelta en el primer procedimiento ante los tribunales locales⁴⁰⁵, con lo cual la referencia a la absolución previa como un elemento de la garantía era potencialmente relevante para este caso concreto. Además, este fallo presenta una peculiaridad que será tratada luego con más detalle al discutir las excepciones a la garantía en el sistema interamericano. Concretamente, se consideró que no existía una violación autónoma del *ne bis in idem* por cuanto el primer proceso no podía considerarse en general un procedimiento equitativo⁴⁰⁶. Sobre estas bases, hay motivos para pensar que la Corte no necesariamente intentó establecer en *Cantoral* una interpretación general sobre la garantía en estudio.

En cambio en *Lori Berenson Mejía* no se halló violación al *ne bis in idem* porque, según se estableció, el tribunal local que intervino en primer término no había dispuesto una absolución sino que se había limitado a declarar una incompetencia⁴⁰⁷. Esto podría hacer pensar entonces que, al reiterarse aquí que la absolución previa es uno de los elementos de la garantía, sí optó claramente la Corte por excluir otros supuestos. Sin embargo, una lectura atenta del fallo permite comprobar que esa afirmación sobre la absolución como elemento de la garantía está al comienzo del análisis de ella⁴⁰⁸, en cambio al momento de expresarse la conclusión sobre la inexistencia de una violación al *ne bis in idem* ya no se habló de la falta de absolución sino más genéricamente de una “falta de pronunciamiento sobre el fondo⁴⁰⁹”. En el plano de la pura descripción, la jurisprudencia de la Corte Interameri-

⁴⁰⁵ Corte IDH, caso *Cantoral Benavidez*, ya citado, párr. 134.

⁴⁰⁶ *Idem*, párr. 138 a 140.

⁴⁰⁷ Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía*, ya citado, párr. 207 y 208.

⁴⁰⁸ *Idem*, párr. 202 ya citado.

⁴⁰⁹ *Idem*, en particular párr. 208. Esta afirmación es sin dudas es importante en relación con el concepto de sentencia firme que se analizará luego.

cana genera de todos modos cierta cuota de incertidumbre sobre si para ella la garantía opera o no en los casos de condena previa⁴¹⁰.

Por el lado de la Comisión Interamericana, también hay un antecedente que en este punto difiere de lo afirmado en el caso *Alan García* antes mencionado. Se trata del informe especial sobre terrorismo y Derechos Humanos, en el que la Comisión, preocupada por que las medidas antiterroristas puedan ser causa de violaciones graves de los derechos fundamentales, analizó varios derechos y garantías reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales que vinculan a los Estados miembros de la OEA y que podrían verse afectados en ese contexto⁴¹¹. Así, refiriéndose concretamente al *ne bis in idem* llega a afirmar lo siguiente:

“...[U]n elemento central de los procesos penales es el principio *non-bis-in-idem*, que ha sido descrito por la Corte Interamericana, en el contexto del artículo 8.4 de la Convención Americana, como aquel que busca proteger los derechos de las personas a no ser sometidas a un nuevo juicio por la misma causa y hechos específicos por la que ya han sido juzgadas. A este respecto, la Corte ha señalado que entre las circunstancias que impedirían un nuevo juicio están los procedimientos en los cuales un tribunal ha tomado conocimiento de los hechos, circunstancias y pruebas relacionadas con los actos

⁴¹⁰ Resulta en este sentido interesante constatar que un miembro de la Corte Interamericana, al hacer un análisis de la jurisprudencia de ese Tribunal en una publicación editada por el mismo órgano ha expresado, refiriéndose al *ne bis in idem*, que “(e)ste supone que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos, sea que en el primer juzgamiento se le condene, sea que se le absuelva.” Véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en materia de reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, pág. 70.

⁴¹¹ Comisión IDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002. Véanse por ejemplo las recomendaciones finales donde entre otras afirmaciones se lee: “Los Estados miembros deben tener en cuenta los compromisos pertinentes en virtud de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que están obligados, al identificar y aplicar sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a sus iniciativas antiterroristas.” (Capítulo IV. A, párr. 1).



alegados, los ha evaluado y ha decidido que el acusado es inocente⁴¹².”

Obsérvese que aquí la Comisión habla en términos generales del derecho a no ser sometido a nuevo juicio por la misma causa y hechos, y se limita a mencionar la absolución previa tan solo como una de las circunstancias que impedirían el nuevo juicio, con lo que implícitamente se incluyen otras. Es importante destacar que las referencias a la jurisprudencia de la Corte que la Comisión hace suyas en el párrafo transcrito se vinculan exclusivamente al caso *Loayza Tamayo* antes valorado en el mismo sentido.

b) Argumentos adicionales a favor de considerar incluidas las dos vertientes de la garantía en la Convención Americana

Además de todo lo dicho, hay razones adicionales para pensar que la Convención Americana consagra ambas vertientes de la garantía en estudio, más allá de que el texto del art. 8 parr. 4 sea más bien módico. Estas razones surgen de una consideración en profundidad de lo que implica que el *ne bis in idem* esté consagrado en el conjunto de las garantías del debido proceso.

En efecto, la idea de proceso equitativo, proceso con las debidas garantías, o debido proceso aparece en la Convención Americana como rúbrica general del artículo 8 y luego en el primer párrafo de ese mismo artículo como una noción general que se refiere a toda clase de procedimientos. Allí se empieza por hablar en general del derecho a “ser oído con las debidas garantías, para recién posteriormente enumerarse un conjunto de salvaguardas específicas referidas por ejemplo a la duración de los procesos, a la imparcialidad de los tribunales, o a la existencia de recursos, entre otras muchas cuestiones. De algún modo con ello queda de manifiesto que esta idea general de proceso equitativo es, dentro de la estructura del instrumento internacional, el fun-

⁴¹² *Idem*, Capítulo III. D. 1. a, párr. 224.

damento de las demás garantías judiciales enumeradas, y la que posibilita comprender en última instancia el sentido y alcance de ellas.

Asimismo, la referencia primera y autónoma a un proceso “con las debidas garantías” también da la pauta de que esta noción no se agota en las salvaguardas reconocidas luego explícitamente en el texto, sino que tiene un alcance mayor. Dicho más brevemente: el proceso equitativo incluye otras garantías además de las positivamente consagradas en el texto convencional. Estas últimas no son más que concreciones históricamente reconocidas de un derecho más amplio⁴¹³. En apoyo de esta última afirmación no se puede dejar de considerar que la Convención Americana, lo mismo que otros instrumentos de derechos humanos, cuando se refiere concretamente a las garantías de las personas acusadas y antes de proceder a su enumeración, habla de que las consagradas son únicamente garantías “mínimas”.⁴¹⁴

⁴¹³ Fuera del sistema interamericano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en numerosos casos que el derecho al control de la prueba testimonial (art. 6.3 de la Convención Europea) no es más que una concreción del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 ya citado), y por eso suele tratar en conjunto ambas cuestiones. Entre los más casos más destacados que van en esta dirección véase TEDH, caso *Kostovski*, sentencia de 20 de noviembre de 1989, Series A no. 166, pág. 19, párr. 39.

⁴¹⁴ Ver art. 8 párr. 3 de la Convención Americana, Art. 14 párr. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y art. 6 párr. 2 de la Convención Europea. También es cierto que la referencia a garantías “mínimas” se puede asociar a la idea de que los instrumentos de Derechos Humanos consagran siempre una suerte de “piso” que no impide a los estados ampliar el número de las garantías o su alcance. Pero precisamente la posibilidad de ampliación también hace a la lógica de los derechos humanos a luz de la idea de progresividad, más aún en materia de garantías judiciales que, según se ha dicho, ocupan un lugar prominente en una sociedad democrática y por eso no pueden ser interpretadas de manera restrictiva (Véase HARRIS, David J., O’BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres 1995, pág. 164; y sus referencias a los casos pertinentes del Tribunal Europeo). De todos modos, la llamada evolución progresiva de los derechos humanos puede generar reparos si se la manipula para crear nuevas obligaciones internacionales para los Estados, más allá de las que ellos efectivamente asumen al momento de adherir a una convención y de lo que realmente constituyen evoluciones generalizadas de los derechos suficientemente establecidas. Sobre este problema en el ámbito interamericano, en particular en relación con el llamado dere-

En definitiva, un proceso equitativo no es solamente aquel en el que se respetan en general las garantías expresamente reconocidas sino también aquel en el que el Estado opera siempre dentro de un marco más amplio de respeto y consideración hacia la persona humana, como se expresara en el capítulo III⁴¹⁵. De este modo, la idea de proceso equitativo tiene la doble función de servir como criterio rector del conjunto de las garantías explícitamente consagradas y como criterio independiente para analizar si las conductas realizadas en un proceso penal por los órganos del estado son aceptables o por el contrario impropias o abusivas desde la perspectiva de los derechos humanos.⁴¹⁶

Esto mismo ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar en la Opinión Consultiva 16/99 que:

“En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de

cho de las víctimas a que el Estado investigue y sancione las violaciones a derechos humanos como derivación del proceso equitativo, véase entre otros OTTAVIANO, Santiago, “¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema ante los órganos internacionales de Derechos Humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, t. 2006/A, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, págs. 202 a 209. Véase asimismo PASTOR, Daniel, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, T. 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 73 a 114.

⁴¹⁵ Ver punto A.3.

⁴¹⁶ De allí que a la luz de la idea de debido proceso se justifiquen también otras limitaciones a la actividad del Estado en el marco del proceso penal que no siempre tienen una consagración autónoma en los textos que enumeran derechos fundamentales. Por ejemplo, en el texto principal de la Convención Europea de Derechos Humanos (sin considerar sus Protocolos adicionales) no hay una disposición explícita que se refiera al derecho del imputado a no declarar contra si mismo, sin embargo, el Tribunal Europeo ha extraído ese derecho de la noción general de proceso equitativo en el caso *Funke* (TEDH, Series A nro. 256, caso *Funke v. France*, sentencia del 25 de febrero de 1993, párr. 44.), doctrina que fue reiterada luego en otros precedentes.

actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.”⁴¹⁷

Puede sorprender, en la transcripción precedente, que la Corte Interamericana haya interpretado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el art. 64, parr. 1 de la Convención Americana dispone que los Estados miembros de la OEA pueden excitar la competencia consultiva de la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. La Corte considera a ese Pacto como uno de los tratados que hace a la protección derechos humanos en la región, pues varios Esta-

⁴¹⁷ CorteIDH, Serie A, N° 16, Opinión Consultiva OC 16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 117. De las muchas cuestiones interesantes que trata esta opinión consultiva, resulta apropiado destacar que en estado de México, que había solicitado la opinión, planteó entre sus interrogantes la posibilidad de que la referencia a garantías “mínimas” implicara una limitación a la extensión de las reglas del debido proceso. En este trabajo se propicia precisamente en parte la interpretación contraria, pues una cosa son las garantías mínimas expresamente enumeradas y otra la referencia general a un proceso equitativo que permite abarcar más supuestos que los contemplados en el pacto.

Sobre la definición de debido proceso véase también, Corte IDH, Serie A, N° 9, Opinión Consultiva OC 9/87 de 6 de octubre de 1987, párr. 27 a 29. En ella queda de manifiesto que entre las garantías incluidas en la idea de debido proceso se incluyen también otras consagradas positivamente en la Convención Americana, aunque estén fuera del art. 8.

dos americanos son parte del mismo, y de allí que se pronuncie al respecto⁴¹⁸. Pero en lo que aquí interesa, de estas manifestaciones de la Corte Interamericana surge con claridad que, aquellas garantías que expresan el estado actual de la evolución jurídica internacional sobre cómo se ha de tratar a la persona en el marco del proceso penal, deben quedar abarcadas por la idea de debido proceso. En este sentido, la aplicabilidad del *ne bis in idem* a los casos de personas previamente condenadas está ampliamente difundida en la configuración de la garantía en las normas nacionales e internacionales. Siendo ello así, viene al caso recordar que el art. 29 de la Convención Americana sobre pautas interpretativas señala que ninguno de sus artículos puede ser interpretado en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que la prohibición de enjuiciar y de castigar por ciertos hechos a las personas previamente condenadas por ser autoras responsables de ellos hace al núcleo del *ne bis in idem* e integra por ello la idea de proceso equitativo tal como ésta aparece en la Convención Americana⁴¹⁹.

4) ¿UNA GARANTÍA PROPIAMENTE “PENAL”?

Como quedara dicho, la rúbrica de artículo 8 de la Convención Americana habla genéricamente de “garantías judiciales”. Con ello se

⁴¹⁸ *Idem*, párr. 29 a 50 donde la Corte reafirma los alcances amplios de su competencia consultiva. Esto ya se venía diciendo además desde Corte IDH, Serie A, N° 1, Opinión Consultiva OC 1/82, de 24 de septiembre de 1982, en donde se proclama por unanimidad como opinión primera que: “. . . la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.”

⁴¹⁹ Muy sugestivas en este sentido son las afirmaciones de la Comisión IDH en el citado *Informe sobre terrorismo y Derechos humanos*, capítulo III. D. 1. a.

está haciendo referencia al conjunto de las garantías que integran lo que se conoce como proceso equitativo o debido proceso. En el texto de la Convención la referencia a proceso equitativo no se circunscribe solamente a casos penales. Ello queda muy claro en el parr. 1 del citado artículo, en el que se dispone que las garantías de la persona allí enumeradas se aplican “en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

De todos modos existen un conjunto de garantías que el propio texto de la Convención vincula específicamente con la cuestión penal. Así todas las enumeradas en los párrafos 2 a 5 del mismo artículo 8 hablan del “inculpado” o bien del “proceso penal”. ¿Significa esto que hay garantías únicamente penales no aplicables a otros procesos? Y aun cuando fuera así, ¿qué alcance tiene en el contexto del artículo 8 la frase “cualquier acusación penal”? ¿Se trata de que las garantías penales, y en particular el *ne bis in idem* del párrafo 4 se aplican únicamente a los casos criminales tramitados ante los poderes judiciales de los Estados parte o quedan incluidos también otra clase de procedimientos sancionadores?

Faltan en la doctrina de los órganos interamericanos interpretaciones que se refieran específicamente al *ne bis in idem* en relación con estas cuestiones. De todos modos, desde una aproximación general (es decir tomando a las garantías penales en su conjunto) la problemática ha sido abordada por la Corte Interamericana. Por un lado, ese Tribunal ha establecido que a pesar de que el artículo 8 de la Convención Americana no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el inciso segundo del mismo artículo (es decir buena parte de las garantías específicamente penales) se aplica también a esos órdenes y, por lo tanto, en esas materias la persona tiene también en general el derecho al debido proceso que se aplica en ma-

teria penal⁴²⁰. Este modo de ver la cuestión ya está marcando una vez más que, para la Corte Interamericana, las garantías penales tienen un carácter extensivo hacia otro tipo de procedimientos judiciales. Esto constituye un primer indicio a favor de considerar que el *ne bis in idem* de la Convención podría llegar a resultar aplicable a otro tipo de procedimientos sancionadores distintos de los judiciales. Esa conclusión se ve reforzada por las afirmaciones de la Corte Interamericana en el caso del *Tribunal Constitucional*, donde concretamente expresó:

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.”⁴²¹

Viene bien recordar que lo que se discutía en el caso citado era precisamente la compatibilidad con las garantías del proceso equitativo de la destitución de los jueces del Tribunal Constitucional del Perú llevada a cabo por el parlamento de ese país. Es decir, que nos hallamos ante un procedimiento realizado fuera de la órbita del Poder Judicial al cual la Corte Interamericana consideró aplicables las garantías penales. Además, todo procedimiento administrativo por el que se pueda imponer una sanción tiene, precisamente por esto último, un plus de semejanza con los procesos penales del que carecen otros mecanismos judiciales y no judiciales de determinación de derechos y obligaciones. Esto también fue tomado en consideración por la Corte

⁴²⁰ Corte IDH, Serie C, nro. 37, caso *Paniagua Morales y otros*, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 149.

⁴²¹ Corte IDH, Serie C, n° 71, caso del *Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 71.



Interamericana en el caso que estamos analizando como surge del siguiente párrafo:

“Es (. . .) ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.”⁴²²

Viendo entonces el modo en que las garantías penales del proceso equitativo son interpretadas por la Corte Interamericana es razonable concluir que la prohibición de doble enjuiciamiento podría llegar a resultar aplicable también a los procedimientos sancionadores llevados adelante por otros poderes del Estado distintos del judicial. De todos modos, sobre la base de esta jurisprudencia no es posible saber hasta qué punto es posible extender la garantía en estudio. Las afirmaciones de la Corte son demasiado genéricas, y dan la sensación de que es posible la aplicación de cualquiera de las garantías a cualquier tipo de procedimiento llevado a cabo por un órgano público en el cual se aplique una sanción.

Sin embargo, desde una perspectiva tan general no es posible saber de manera suficientemente clara cómo deben resolverse cuestiones tan importantes como por ejemplo si la garantía en estudio prohíbe la concurrencia de procedimientos administrativo sancionadores y penales por la misma conducta, y aún en tal caso si existe algún tipo de prelación del proceso judicial por sobre el procedimiento administrativo. Si se parte de considerar que la extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo sancionador de la que ha hablado la Corte Interamericana incluye también al *ne bis in idem*, y se suma a ello que la Convención nos habla de que se prohíbe juzgar dos

⁴²² *Idem*, párr. 68.

veces los mismos “hechos” (cuestión que será tratada en el acápite siguiente) se podría llegar a considerar sin dudas vedada esa concurrencia en todos los casos.

También sería necesario determinar si la prohibición impide la imposición de sanciones disciplinarias y penales por unos mismos hechos, ya que en principio las normas disciplinarias persiguen fines distintos a los del derecho penal y está circunscriptas en su aplicación a grupos determinados de personas y no dirigidas a la generalidad. El caso del *Tribunal Constitucional* se refiere a un ámbito disciplinario en el que resulta razonable pensar que debería eventualmente aceptarse la concurrencia. En efecto, parece absurdo que un funcionario que ha cometido un delito deba ser castigado con la sanción penal o con la destitución pero no con ambas (suponiendo que la destitución no viniera ya indicada como pena en la ley criminal). De allí que las afirmaciones tan generales de la Corte en punto a la extensión de las garantías del proceso equitativo sin demasiadas distinciones, y justamente en ese caso, resultan polémicas.

En resumen, la jurisprudencia de la Corte Interamericana permite en abstracto la posibilidad de exportar las garantías penales a otros ámbitos. Pero esa solución se revela como más compleja cuando se intenta analizar los alcances de cada garantía en particular. Al menos eso se ve con claridad en relación con el *ne bis in idem*. La dinámica propia de los derechos humanos sugiere que cuanto más limitadora de ellos resulte una actividad del Estado, mayores salvaguardas deberán crearse para evitar abusos. En este orden de ideas, y tomando en consideración que el ejercicio de la potestad penal es una de las manifestaciones más intensas del poder del Estado sobre la persona, resulta claro que las garantías penales tienen cierta especificidad. De allí que la jurisprudencia Interamericana sobre su aplicación a todo tipo de procedimiento estatal judicial o no judicial en el que se delimiten derechos pueda ser criticada por su imprecisión. Habrá que aguardar para ver cómo se resuelven los casos en los que esta particular problemática del *ne bis in idem* sea tratada.

5) ¿HECHOS O DELITOS?

La sola lectura del art. 8 parr. 4 de la Convención Americana permite constatar que la versión del *ne bis in idem* allí consagrada prohíbe que la persona sea juzgada nuevamente por unos mismos “hechos”. La versión francesa habla de “*faits*”, la portuguesa de “*fatos*” y la inglesa de “*cause*”⁴²³. Quizás esta última variante sea la que más sorprende pues, conforme al significado que a la voz castellana “hechos” se le atribuye en el contexto de discusión sobre el *ne bis in idem*, quizás la traducción más aproximada hubiese sido “*facts*”, “*acts*”, “*actions*” o bien “*conduct*”. De todos modos también en esta versión en inglés se percibe con claridad que los redactores de la Convención evitaron la referencia expresa a “*offenses*”.

En ese orden de ideas, la Corte Interamericana ha resaltado en *Loayza Tamayo* que este lenguaje constituye una particularidad de la Convención Americana si se la compara con la garantía similar del art. 14, parr. 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, donde se habla de “delitos” (vocablo que también se utiliza en el art. 4 del Protocolo Adicional N° 7 a la Convención Europea). En este sentido ha llegado a afirmar la Corte que esa referencia a “hechos” implica una mayor amplitud de la garantía a favor del justiciable⁴²⁴. En ese mismo fallo se expresó también, como quedara dicho en el acápite previo, que la existencia de dos normas penales distintas que se referían a la mis-

⁴²³ Todas estas versiones de la Convención fueron certificadas como igualmente auténticas el día 30 de abril de 1970 por el Secretario General adjunto de la Organización de los Estados Americanos (Serie sobre Tratados No. 36, OEA Documentos Oficiales, OEA/Ser. A/16 [SEPF]).

⁴²⁴ Corte IDH, caso *Loayza Tamayo*, ya citado, párr. 66, donde se lee: “A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “*los mismos hechos*”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.” Es de destacar que la “víctima” de la que aquí se habla es quien ha sufrido la violación al *ne bis in idem* y no quien se vio afectado por el delito juzgado más de una vez.

ma conducta no era compatible con la prohibición de *bis in idem*⁴²⁵. Con ello se puso de manifiesto la importancia de que el art. 8 parr. 4 de la Convención Americana hable de “hechos” y no de “delitos”, aunque se lo hizo de manera parcialmente criticable pues (independientemente de los problemas de la normativa peruana cuestionada en este caso por la Corte) lo supuestos de concurrencia de delitos y de normas no son *per se* contrarios a la garantía mientras no den lugar en concreto a más de un proceso o más de una sanción por los mismos hechos⁴²⁶. De todos modos, con estas afirmaciones de la Corte Interamericana queda claro que la prohibición opera no solamente cuando se pretende juzgar de nuevo a una misma persona por los mismos hechos, bajo la misma calificación legal, sino también cuando el segundo proceso por idéntico accionar se lleva adelante sobre la base de las disposiciones de normas penales diferentes.

En cuanto a la Comisión Interamericana, en el informe sobre terrorismo y derechos humanos antes citado se hace una alusión expresa a que la garantía en estudio prohíbe que una persona sea juzgada nuevamente por “la misma causa y hechos específicos” por los que fuera previamente enjuiciada⁴²⁷. En el mismo sentido, la Comisión había sostenido previamente en el caso *Alan García* que la prohibición se refiere a los hechos objeto de tratamiento en el proceso. Concretamente se afirmó que la resolución de fondo tomada en un proceso penal tiene “efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión⁴²⁸”.

En definitiva, tanto el texto expreso de la norma analizada como la interpretación unánime que de ella hacen los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos demuestran que la prohibi-

⁴²⁵ *Idem*, párr. 68 ya citado.

⁴²⁶ Ver en este sentido, entre otros, ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de Delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pág. 124.

⁴²⁷ Comisión IDH, *Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos* ya citado, capítulo III. D. 1. a, párr. 224

⁴²⁸ Comisión IDH, Informe 1/95, ya citado, párr. 3.

ción se refiere a los hechos que se atribuyen al imputado, independientemente de que estos puedan incluirse bajo las previsiones de una o varias normas penales. Restaría de todos modos determinar hasta qué punto la referencia a “hechos” impide una cierta delimitación normativa de la materia a juzgar pues es difícil, sino imposible, en materia penal hablar de “hechos relevantes” con total independencia de una consideración jurídica previa que mira a los tipos penales aplicables, su clasificación, las reglas concursales, los criterios sobre delito continuado, etc., tal como quedara de manifiesto en el capítulo II⁴²⁹.

6) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “SENTENCIA FIRME” A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA?

El texto en castellano del art. 8 parr. 4 de la Convención alude a una sentencia firme en relación con el primer proceso. Las versiones inglesa, portuguesa y francesa hablan respectivamente de “*nonappealable judgment*”, “*sentença passada em julgado*” y “*jugement définitif*”. Con ello ya se está marcando la pauta de lo que caracteriza a la sentencia firme en el texto de la Convención: la inexistencia de recursos ulteriores, el carácter de cosa juzgada de lo decidido en ella, el ser, a todo efecto, definitiva. Antes de una resolución de esa naturaleza parecería que no puede hablarse propiamente de una repetición de procedimientos en el sentido de la norma analizada, con lo cual estaríamos ante un presupuesto para la aplicación de la garantía.

La Corte Interamericana ha dicho en el antes citado caso *Lori Berenson Mejía* que el pronunciamiento firme sobre el fondo del asunto es un presupuesto indispensable del *ne bis in idem*, descartándose la eficacia de otro tipo de resoluciones que, aún estando firmes, no traten el fondo de la cuestión⁴³⁰. De todos modos el carácter de resolución

⁴²⁹ Véase capítulo II, punto B.2.c) a f).

⁴³⁰ Corte IDH, caso *Lori Berenson Mejía*, ya citado, párr. 208 donde se lee: “El proceso ante el fuero militar seguido contra la señora Lori Berenson acabó con una resolución firme expedida por el Consejo Supremo de Justicia Militar que, sin pronunciarse sobre el fondo, declinó la competencia a favor del fuero ordinario. En

firme es igualmente indispensable, y esto lo ha marcado con claridad la Comisión en el caso *Alan García* antes citado al destacar que la sentencia firme debe entenderse “como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiriera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada⁴³¹.”

Sentado lo anterior, cabe preguntarse si la palabra sentencia debe entenderse en un sentido amplio equivalente a cualquier resolución judicial firme sobre el fondo del asunto, o si debe entenderse en su sentido restringido que incluye únicamente a aquellas decisiones del proceso que se dictan sobre el fondo del asunto y luego de concluido el juicio propiamente dicho. Si fuera esto último, la garantía no operaría en los casos en que, aún habiendo decisión sobre el fondo, ella hubiese sido dictada en la etapa previa al juicio propiamente dicho, o aún dentro de la etapa de juicio pero antes de la sentencia en sentido estricto⁴³². Con ello ciertamente se verían bastante reducidas las posibilidades de aplicación.

La Corte Interamericana utilizó un concepto restringido de sentencia firme en un caso donde si bien no se planteó directamente la violación del *ne bis in idem*, el alcance de la garantía aparecía como una cuestión colateral de cierta relevancia. Se trata concretamente de la sentencia sobre el fondo correspondiente al caso *Castillo Petruzzi*, donde se discutía la situación de unas personas que habían sido condenadas en Perú por actividades terroristas mediante un proceso seguido ante la jurisdicción militar cuya regularidad y respeto por las reglas del proceso equitativo se cuestionaba. Así, la Comisión planteaba que debían declararse esas violaciones y que el Estado peruano debía anular ese proceso y poner en libertad a las personas detenidas, dejándose abierta la posibilidad de que se las volviese a juzgar ante los

consecuencia, no habiéndose producido un pronunciamiento sobre el fondo en el fuero militar, no existe el supuesto de hecho imprescindible para declarar que se ha afectado el principio *non bis in idem*.”

⁴³¹ Comisión IDH, caso *Alan García*, ya citado, párr. 3.

⁴³² Por ejemplo, podrían quedar excluidas decisiones de sobreseimiento por inexistencia de delito, por falta de autoría o por prescripción.



tribunales penales comunes por esos mismos hechos⁴³³. La Corte entendió que ese reinicio de acciones era, por las especiales circunstancias del caso, factible. Esta cuestión será analizada luego con más detalle, al desarrollar las excepciones a la garantía dentro del sistema interamericano. Lo importante ahora es que, para llegar a esa conclusión, se expresó un concepto de proceso y de sentencia en los siguientes términos:

“Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. (. . .) La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada⁴³⁴.”

Si bien la Corte no estaba desarrollando directamente en ese caso su interpretación del concepto de sentencia del art. 8, parr. 7, la evidente vinculación de la cuestión resuelta con la garantía en estudio permitiría pensar que sus afirmaciones son aplicables, pues precisamente está hablando de las condiciones que debe tener una sentencia para llegar a adquirir fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, precisamente porque en el caso concreto se había llegado a esa instancia decisiva, también hay cierto margen para sostener que la Corte utilizó el concepto estricto de sentencia sin intención de fijar su interpretación con relación al *ne bis in idem* sino simplemente para analizar la significación jurídica de los hechos del caso que se le planteaba⁴³⁵. Por

⁴³³ Corte IDH, Serie C, n° 52, caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999. Para conocer el planteo de la Comisión véase párr. 215, punto c).

⁴³⁴ *Idem*, párr. 218.

⁴³⁵ A primera vista el hecho de que la Comisión planteara la posibilidad de nuevo juicio y que la Corte tratara esta cuestión puede parecer una innecesaria desviación del tema a decidir que era la existencia de otras concretas violaciones denunciadas en el caso. Cabe hipotizar de todos modos que la complejidad de la situación del terrorismo en Perú hizo que ambos órganos se sintieran inclinados a no cerrar definitivamente la posibilidad de que el Estado aplicase sanciones penales.

lo demás, conviene reiterar que en *Loayza Tamayo* la Corte hizo referencia a que la garantía “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados⁴³⁶”. Ello equivale a sometido a proceso, y por eso, si bien no es una afirmación concluyente, permite pensar que no están excluidas resoluciones definitivas dictadas en etapas previas a la sentencia propiamente dicha.

La Comisión Interamericana ha sostenido en otro caso una interpretación claramente más amplia del concepto de sentencia. Así en *Alan García* dijo claramente que:

“[L]a expresión ‘sentencia firme’ en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional⁴³⁷ . . .”

Con esta afirmación se ponen de manifiesto dos cosas. Por un lado que la Comisión aspira a que la noción de “sentencia firme” de la Convención Americana se entienda como un concepto autónomo, con alcances propios en el texto convencional, independientemente de su significación jurídica en el orden interno. A favor de esa perspectiva está el hecho de que la Convención no contiene ninguna referencia a “sentencia firme según la ley y el procedimiento penal de cada país” que es el giro utilizado en art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre esa base, la Comisión incluye a todo acto procesal de contenido jurisdiccional y concreta luego esa expresión al acordarle carácter de sentencia firme a una resolución judicial de no apertura de causa por inexistencia de delito dictada, como es evidente, a comienzo del proceso, e inclusive a una decisión de similar tenor dictada en la órbita del Ministerio Público⁴³⁸. Esto último resulta por cierto más discutible pues implica forzar más el uso posible del término “sentencia”. La Comisión parece llegar a ese resultado siendo

⁴³⁶ Corte IDH, caso *Loayza Tamayo*, ya citado, párr. 66.

⁴³⁷ Comisión IDH, caso *Alan García*, ya citado, párr. 3.

⁴³⁸ *Ibid.*

consecuente con su definición previa, en la que habla no ya de un “acto jurisdiccional” sino de un “acto de contenido jurisdiccional”. Este último giro no hace referencia al órgano sino a la materialidad de la decisión. Pero esto llevaría a problemas adicionales, pues el fiscal no es en la estructura del proceso penal un tercero imparcial sino una parte. Recuérdese la importancia que tiene en los instrumentos internacionales la exigencia de imparcialidad como manifestación del proceso equitativo que debe caracterizar a los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, ya sea dentro o fuera de la órbita de los poderes judiciales⁴³⁹.

En suma, puede afirmarse que cuando la Convención Americana habla de sentencia firme como presupuesto para que opere la garantía del *ne bis in idem* hace alusión a una resolución sobre el fondo de la cuestión, pasada en autoridad de cosa juzgada y por ello mismo no revisable. Más difícil resulta en cambio determinar si la noción de sentencia se refiere únicamente al modo regular de finalización del proceso o también a resoluciones previas, que según la ley de cada país adquieran ese carácter final. El texto sugiere una interpretación acotada de esta noción, a la que parecería en parte adherir la Corte Interamericana, mientras que la Comisión interpreta que la garantía abarca también a resoluciones dictadas en etapas previas del proceso, aunque en forma tal vez excesivamente amplia.

7) ¿PROHIBICIÓN DE UN SEGUNDO JUICIO, DE UN SEGUNDO PROCESO O DE QUE EXISTA LA POSIBILIDAD DE SER JUZGADO DOS VECES?

En estrecha conexión con el problema ante analizado de la sentencia firme, se hace necesario determinar qué es exactamente lo prohibido por la garantía en estudio tal y como ella está consagrada en la Convención Americana. Es decir, cuál es el “*bis*” del que nos habla

⁴³⁹ Véanse, entre otros, Corte IDH, Serie C, n° 90, caso *Las Palmeras*, sentencia de 6 de diciembre de 2001, párr. 53; Serie C, n° 74 caso *Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 112; y caso *Castillo Petruzzi y otros*, ya citado, párr. 130.

la frase latina. En este punto el art. 8, parr. 4 de la Convención Americana también se muestra una redacción distinta a la de otras normas que corresponden a otros instrumentos internacionales. En efecto, la disposición aludida nos habla de que lo prohibido es el “nuevo juicio”. Las versiones en inglés, portugués y francés hablan respectivamente de “*new trial*”, “*novo processo*” y “*nouveau poursuivi*”. Una de las principales diferencias con otros instrumentos radica en que en ellos, en sus distintas versiones, se han utilizado giros que permiten entender que lo prohibido es ser nuevamente juzgado o condenado y no, estrictamente hablando, un procedimiento “nuevo” en si mismo. La versión castellana de la norma interamericana parecería entonces no prohibir la reapertura de un proceso ya concluído por sentencia firme, pues en ese caso si bien la persona es “nuevamente sometida” lo cierto es que no se trata estrictamente de un “nuevo proceso”.

Con buen criterio la Comisión Interamericana se ha apartado de esa interpretación literal que aparece como excesivamente limitadora de la garantía. En efecto, en el tantas veces citado caso *Alan García* ese órgano afirmó:

“Si bien la Convención explícitamente se refiere a la prohibición de la iniciación de un nuevo juicio --en virtud de los mismos hechos--, una interpretación literal de su texto nos llevaría a admitir que la transgresión del principio de cosa juzgada por medio de la reapertura de un proceso finalizado no se consideraría una violación del artículo 8 inciso 4. De este modo, se sentaría la posibilidad de que un Estado parte en la Convención pudiera interponer recursos extemporáneos y de esta forma reiniciara la persecución penal de un individuo absuelto con anterioridad.

Por el contrario, la Comisión entiende que la protección consagrada en el artículo 8 inciso 4 se extiende implícitamente a casos en los cuales la reapertura de una causa produce los efectos de reaver cuestiones de hecho y de derecho pasadas en autoridad de cosa juzgada⁴⁴⁰.”

⁴⁴⁰ Comisión IDH, caso *Alan García*, ya citado, párr. 3.

Lo que parece surgir del texto transcrito es que la Comisión hace especial hincapié en la referencia a “sentencia firme” para sostener que todo lo que venga después de ella en el mismo o ulteriores procesos está implícitamente vedado por la garantía⁴⁴¹. Con ello queda relativizada la referencia a “nuevo juicio” y se la entiende más bien como prohibición nuevo sometimiento al poder penal del estado en el mismo u otro procedimiento, siempre que haya mediado resolución firme.

Con esto queda resuelto también otro problema inherente a la redacción castellana de la Convención, que habla de que lo prohibido es el nuevo “juicio”. En efecto, la palabra “juicio”, al igual que la palabra “sentencia”, también tiene un significado restringido que remite a la idea de un plenario contradictorio donde se discuten con amplitud las diversas cuestiones del caso, y no incluye los actos de la etapa preparatoria (o instrucción según el sistema procesal de que se trate). Sin embargo, la referencia a un “juicio” también admite una interpretación más genérica asimilable a la palabra “proceso”. Las antes transcritas redacciones de la Convención en los diferentes idiomas oficiales permiten interpretar la norma en este último sentido amplio. Quizás no la versión inglesa, pues la voz utilizada en ese idioma es “*trial*”, que también tiene un significado restringido. Pero en portugués se utiliza el término “*processo*” equivalente al castellano “proceso”, y en francés se hace referencia a “*poursuivi*” que puede equivaler a “persecución”. Es a partir de estos últimos dos textos que resulta posible comprender mejor los reales alcances de la garantía en consonancia con el fin de la Convención en tanto instrumento de Derechos Humanos⁴⁴².

En este orden de ideas, viene bien poner de resalto que en un párrafo varias veces citado aquí correspondiente al caso *Loayza Ta-*

⁴⁴¹ De todos modos, como se prefiguró Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi*, citado en el acápite previo, y como se verá en el acápite que sigue, tanto este órgano como la Corte Interamericana reconocen situaciones que destruyen la cosa juzgada y posibilitan el nuevo riesgo penal.

⁴⁴² Art. 33.4 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Véase asimismo: Corte IDH, caso *Neira Alegría y Otros*, resolución de 29 junio de 1992 (Art. 54.3 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), párr. 10 y 11.

mayo, la Corte Interamericana utilizó los términos “procesado” y “enjuiciado” como si fuesen equivalentes a los fines de la aplicación de la garantía en estudio⁴⁴³.

Finalmente, resta considerar si lo prohibido por la garantía abarca también aquellos actos que, sin dar todavía comienzo a un nuevo proceso generan el riesgo de la repetición del juicio en el mismo proceso, o bien la retrogradación del proceso a etapas ya superadas a través de anulaciones o recursos de las partes acusadoras. Sobre esta cuestión hay que afirmar sin embargo que no hay ningún elemento en la redacción del art. 8 parr. 4 de la Convención Interamericana que permita darle semejante alcance a la garantía en estudio. Por el contrario la explícita referencia a “sentencia firme”, y la interpretación que de ese concepto hacen los órganos interamericanos tal y como se analizara en el acápite previo, viene a señalar con claridad que antes de una resolución irrecurrible los avatares propios del proceso no son valorados como contrarios a esta garantía.

Por otra parte, cuando se trata de la persecución penal de las violaciones a derechos humanos (aspecto que retomará luego en relación con las excepciones al *ne bis in idem*) la Corte Interamericana viene afirmando desde sus primeros precedentes que la obligación de los Estados de investigarlas y sancionarlas debe ser asumida con seriedad y como un deber jurídico propio⁴⁴⁴. Se considera esta obligación como una manifestación de la obligación general de garantizar los derechos humanos contenida en el art. 1, parr. 1 de la Convención

⁴⁴³ Corte IDH, caso *Loayza Tamayo*, ya citado, párr. 66 donde se lee que la garantía: “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados (. . .) para que no vuelvan a ser enjuiciados (. . .)”

⁴⁴⁴ Corte IDH, Serie C, n° 4, caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de junio de 1988, párr. 177, donde se lee que la obligación de investigar “(d)ebe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.

Esta frase ha sido citada tanto por la misma Corte como por la Comisión en numerosos casos posteriores.

Americana, que según la Corte obliga a evitar la impunidad con “todos los medios legales disponibles⁴⁴⁵”. En este contexto el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria parece ser entonces un dispositivo jurídico apto para satisfacer deberes de tutela penal de los Derechos Humanos que la jurisprudencia interamericana pone en cabeza de los Estados. Si bien es indudable que concederle al fiscal la facultad de recurrir incrementa el riesgo de que las personas sometidas a proceso penal resulten condenadas, ello no parece constituir en el sistema interamericano un nuevo riesgo prohibido por el *ne bis in idem*. En todo caso si se diera una excesiva prolongación del proceso por esta razón la cuestión podría considerarse desde la perspectiva del derecho al plazo razonable reconocido en el art. 8, parr. 2, inc. (h). Tiene además el recurso del fiscal una connotación positiva adicional, que no es ajena a la lógica de los Derechos Humanos plasmada en la Convención Americana: Se trata del control efectivo de los actos de un poder del Estado por un órgano distinto, con el fin de evitar la arbitrariedad.

Como resumen de lo expuesto puede afirmarse entonces que, si bien el texto de la Convención Americana habla de que lo prohibido por la garantía en estudio es el “nuevo juicio”, hay buenas razones para pensar que lo vedado es más bien el inicio de una segunda persecución posterior a una resolución firme, ya sea por iniciarse un nuevo proceso o por reactivarse que el que fuera clausurado. No parecen quedar abarcados en cambio por la prohibición otros actos procesales como el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Actos de esa naturaleza seguramente aumentan el riesgo de condena, y eventualmente pueden contribuir a la reiteración de etapas procesales ya cumplidas. Sin embargo, son anteriores a la “sentencia firme” que es un presupuesto ineludible para la aplicación de la garantía.

⁴⁴⁵ Corte IDH, Serie C, n° 37, caso *Paniagua Morales*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 173. La Corte ha desarrollado aquí un concepto de impunidad que ha llegado a adquirir también gran importancia (cabe decir desmedida importancia), en su jurisprudencia posterior.

C) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1) LAS EXCEPCIONES A LA GARANTÍA

La lectura del art. 8, parr. 4 de la Convención Americana no permitiría en principio considerar que existan excepciones a la garantía en estudio. Así, a diferencia de lo que ocurre con la norma análoga consagrada en el art. 4 al Protocolo Adicional N° 7 a la Convención Europea que prevé algunos casos de no aplicación de la prohibición, el texto americano parece tener un carácter más absoluto.

No obstante lo dicho, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ido construyendo algunas excepciones vinculadas con dos órdenes de cuestiones. El primero tiene que ver con la lógica del procedimiento equitativo y la idea de que si en el primer proceso no se respetaron las garantías debidas, no puede considerárselo un procedimiento válido y por tanto no tiene virtualidad para obstaculizar una persecución penal posterior. El segundo está muy conectado con el anterior, y surge de la evolución de la denominada obligación de investigar y sancionar penalmente las violaciones de los derechos reconocidos en la Convención. Sobre estas bases se relativiza la prohibición de doble persecución penal a partir de la idea de procedimiento equitativo, en los casos en que se advierte que el Estado no ha investigado seriamente las violaciones o bien ha cometido errores graves de apreciación que impidieron la punición en el primer proceso.

a) ¿Garantías vs. garantías? Sobre la posibilidad de una segunda persecución cuando en el primer proceso se violaron las garantías del proceso equitativo

La primera manifestación de estas excepciones se advierte por ejemplo en lo dispuesto en el caso *Castillo Petruzzi* antes citado. Allí no se discutía propiamente una violación al *ne bis in idem*, pero se planteó la necesidad de determinar si era viable perseguir de nuevo penalmente a personas que habían sido condenadas previamente ante

el fuero militar peruano por estar involucradas en actos de terrorismo. El problema era que la Comisión planteaba precisamente que las múltiples violaciones a las garantías del proceso equitativo ocurridas durante ese primer trámite debían llevar a invalidarlo. La Corte se pronunció sobre este problema en dos oportunidades. En un primer momento, en una resolución relativa al mismo caso en la que se resolvieron las excepciones preliminares planteadas por el Estado, la Corte expresó con contundencia lo siguiente:

“La anulación de un proceso en el que ha recaído sentencia firme de condena no implica la apertura de uno nuevo contra la misma persona y por los mismos hechos, porque se incurriría en una flagrante violación del principio *non bis in idem*⁴⁴⁶”.

Esta primera perspectiva fue directamente contradicha en la posterior resolución sobre el fondo del mismo caso, en la que después de expresarse en términos generales que la sentencia era la culminación del conjunto de los actos que integran el proceso, se afirmó lo siguiente:

“Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del “debido proceso legal”, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal⁴⁴⁷.”

⁴⁴⁶ Corte IDH, Serie C, n° 41, caso *Castillo Petruzzi y otros (excepciones preliminares)*, sentencia de 4 de septiembre de 1998, párr. 73.

⁴⁴⁷ Corte IDH, Serie C, n° 52, caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 221.

Es interesante constatar que ni la Corte en su resolución, ni la Comisión en la denuncia que da lugar a esta sentencia⁴⁴⁸, hacen distinciones en punto a los plazos internos para interponer nulidades o recursos. Se trata simplemente de que la declaración por un Tribunal Internacional de que un proceso en su conjunto no satisfizo mínimamente las garantías del proceso equitativo tendría eficacia para acabar con el efecto de cosa juzgada de las resoluciones dictadas por los jueces locales. Esto resulta problemático⁴⁴⁹. La Corte llega, al punto de atribuirse ella misma la facultad de declarar la invalidez del proceso interno, lo cual constituye una extralimitación de su competencia⁴⁵⁰. Pero lo más grave de esta tendencia jurisprudencial es que el debilitamiento de la eficacia del primer proceso para obstaculizar futuras persecuciones no opera solamente a favor del imputado, como en los casos de revisión de sentencias condenatorias, sino también directamente en su contra. En *Castillo Petruzzi* se estaba planteando la anulación de una condena previa, con lo cual no obstante aceptarse la posibilidad de un juicio posterior todavía puede decirse que se mejoraba en algo la situación de los imputados originalmente condenados.

En el caso *Cantoral Benavidez* el problema mencionado en el párrafo previo se agudizó. Allí el imputado había resultado absuelto en el primer proceso que se siguió en su contra ante los tribunales locales. En esta oportunidad la Corte no encontró una violación al *ne bis in idem* por el mismo argumento del no respeto de las garantías del proceso equitativo en el primer proceso, y si bien no afirmó directamente que el Estado podía realizar un nuevo juicio (en realidad ya se había realizado) señaló, de manera bastante confusa, que la violación

⁴⁴⁸ *Idem*, párr. 215 donde se sumarian los argumentos de la Comisión sobre esta cuestión.

⁴⁴⁹ En efecto, en parece no tenerse suficientemente en cuenta la dimensión garantizadora de la cosa juzgada, con la posible afectación de terceras personas que no tuvieron la posibilidad de hacerse oír ante el órgano internacional por ejemplo porque su situación no ha sido llevada ante él. Sobre este problema véase OTTAVIANO, Santiago, “¿Subordinación y valor? . . .”, ya citado.

⁴⁵⁰ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia sobre el fondo ya citada, punto resolutivo 13.

al *ne bis in idem* se encontraba “subsumida” en otras violaciones al proceso equitativo encontradas⁴⁵¹.

Esta línea jurisprudencial resulta muy criticable, pues resta absoluta relevancia desde la perspectiva del *ne bis in idem* a los primeros procesos irregulares, negando el efecto de cosa juzgada a las sentencias firmes absolutorias y permitiendo la repetición aún cuando en el proceso irregular haya existido efectivamente para el imputado el riesgo de resultar condenado⁴⁵². Esto implica, lisa y llanamente, hacerle pagar a éste último el costo de los errores del Estado. Si a eso se suma que la invalidación del proceso se produce recién en la instancia internacional, no pueden caber dudas en punto a que, desde la perspectiva interna, el inicio de nuevas actuaciones o el reinicio de las ya concluidas importa una duplicación del riesgo penal. Esto parece ser incompatible con la garantía en estudio.

No obstante lo expuesto, la doctrina elaborada en estos fallos todavía señalaba un límite al cese del efecto de la cosa juzgada. Concretamente en Castillo Petruzzi se afirmó lo siguiente:

“Es importante distinguir la hipótesis que se está examinando del supuesto que se presenta cuando el tribunal aplica inexactamente la ley en su sentencia, o aprecia erróneamente las pruebas, o no motiva o funda adecuadamente la resolución que emite. En estos casos la sentencia es válida y puede adquirir firmeza, aunque pudiera ser injusta o incorrecta. Tiene sustento procesal en actos válidos, realizados conforme a Derecho. Por ello, subsiste a pesar de que contenga errores de apreciación o aplicación de normas⁴⁵³.”

Aquí todavía se intenta salvar en lo esencial el valor de cosa juzgada de las resoluciones firmes de los tribunales locales en casos penales. Con ello se afirma también la aplicabilidad del *ne bis in idem*

⁴⁵¹ Corte IDH, caso *Cantoral Benavidez*, ya citado, párr. 138 a 140.

⁴⁵² En *Castillo Petruzzi* esto es palmario, pues, como se dijo, los imputados habían sido efectivamente condenados.

⁴⁵³ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia sobre el fondo ya citada, párr. 220.

en los supuestos de absoluciones erróneas. Sin embargo, cuando se trata de la persecución penal de las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención, parecería que ni siquiera esa limitación subsiste, como se verá en el desarrollo que sigue.

b) El *ne bis in idem* en los casos de persecución penal de violaciones a los Derechos Humanos

Como quedara dicho, el segundo orden de excepciones a la garantía en estudio que ha construido la jurisprudencia interamericana, derivadas de la obligación que tienen los Estados de investigar y sancionar penalmente las violaciones a los Derechos Humanos. En este ámbito la doctrina de la Corte Interamericana fue evolucionando desde sus comienzos a partir de los muchos casos en los que se discutían violaciones a derechos a la vez constitutivas de delitos. En esos casos el énfasis ha estado puesto más bien en la víctima de la violación y no en la persona acusada de cometerla. De este modo se ha generado una jurisprudencia que resalta mucho la importancia del ejercicio del poder penal para una adecuada tutela de los derechos humanos, y que, paralelamente, resulta restrictiva de los derechos de los imputados. Falta en este sentido una adecuada compatibilización de esta tendencia con la doctrina emanada de otros fallos donde se han ido afirmando la garantías de los imputados en función de ampliar sus alcances⁴⁵⁴.

Además, la Corte Interamericana ha variado en su modo de concebir la mencionada obligación de investigar y sancionar. En un primer momento la entendió únicamente como un deber general de garantía de los derechos humanos (art. 1. 1 de la Convención) que, si

⁴⁵⁴ En el mismo sentido, para una visión parcialmente crítica de esta evolución de la jurisprudencia interamericana véase por ejemplo OTTAVIANO, Santiago, “El Derecho a la Verdad”, en LONDOÑO, Jorge (coord.), *Derecho Internacional Humanitario, Conflicto Armado y Tratamiento de las víctimas*, Edit. Uniboyacá, Tunja, Colombia, 2002. Para una postura más crítica aún véase PASTOR, Daniel, “La deriva neopunitivista . . .” ya citado. Desde la perspectiva de este autor el problema radica en que los órganos internacionales se han apartado de la concepción tradicional de los derechos humanos como límites al poder.

bien debía ser tomado seriamente por los Estados, eventualmente podría resultar imposible de satisfacer⁴⁵⁵. Posteriormente sumó a esa dimensión genérica de garantía la existencia de un derecho individual de las víctimas o sus familiares a que el Estado investigue y sancione las violaciones de sus derechos (arts. 8 y 25 de la Convención), cuya vulneración constituye a su vez una violación autónoma de la Convención Americana⁴⁵⁶.

En el estado actual de la jurisprudencia interamericana, la vulneración de la obligación de investigar y sancionar tanto en su faz de deber genérico de garantía (art. 1.1) como en su faz de derecho individual de las víctimas (arts. 8 y 25), se puede configurar tanto cuando no se realiza una investigación⁴⁵⁷, como cuando se la lleva a cabo de ma-

⁴⁵⁵ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, ya citado, párr. 176 y 177. En éste último en particular se lee: “En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.” En ese mismo fallo se agregó además que la investigación no siempre debía conducir a una punición. En efecto en el párr. 181 se afirmó en relación con las desapariciones forzadas lo siguiente: “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza. . .”

⁴⁵⁶ Véase, por todos, Corte IDH, Serie C, n° 63, caso *Villagrán Morales*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 225, donde se lee: “. . . debe la Corte señalar que, del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos, obligación que, en las circunstancias del presente caso, se encuentra relacionada con los derechos a ser oído por los tribunales y a un recurso rápido y efectivo, que consagran los artículos 8 y 25 de la Convención.”

⁴⁵⁷ Véase por ejemplo Corte IDH, Serie C, n° 42, caso *Loayza Tamayo*, sentencia sobre reparaciones de 27 de noviembre de 1998, párr. 168 donde se lee: “La Convención Americana garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la posibilidad de acudir ante la justicia para hacer valer sus derechos y asimismo impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos

nera defectuosa (ya sea por ineficacia o por parcialidad)⁴⁵⁸, o simplemente cuando no se ha castigado a los responsables de las violaciones de derechos reconocidos luego de transcurrido cierto tiempo⁴⁵⁹. En este contexto, no sorprende que se produzca entonces una relativización todavía más importante del *ne bis in idem*.

En primer lugar, en los supuestos en que se afirma la existencia de una obligación de investigar y sancionar, la Corte Interamericana

humanos. Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado.”

⁴⁵⁸ Un buen ejemplo de este modo de entender la cuestión aparece en Corte IDH, Serie C, n° 100, caso *Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 113, 114 y 115, donde se lee: “La Corte observa que (. . .) la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural (. . .) Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. (. . .) El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.”

⁴⁵⁹ Son contundentes en este sentido las afirmaciones vertidas en Corte IDH, caso *Villagrán Morales*, ya citado, párr. 228, donde se lee: “Al confrontar los hechos de este caso con lo expuesto anteriormente, se puede constatar que Guatemala ha realizado diversas actuaciones judiciales sobre aquéllos. Sin embargo, es evidente que los responsables de tales hechos se encuentran en la impunidad, porque no han sido identificados ni sancionados mediante actos judiciales que hayan sido ejecutados. Esta sola consideración basta para concluir que el Estado ha violado el artículo 1.1 de la Convención, pues no ha castigado a los autores de los correspondientes delitos. Al respecto, no viene al caso discutir si las personas acusadas en los procesos internos debieron o no ser absueltas. Lo importantes es que, con independencia de si fueron o no ellas las responsables de los ilícitos, el Estado ha debido identificar y castigar a quienes en realidad lo fueron, y no lo hizo.”

se ha mostrado particularmente enfática en que un primer procedimiento penal en que no se respetan las garantías del proceso equitativo de las víctimas, no tiene ninguna eficacia obstaculizadora de una persecución penal posterior. Más aún, la Corte ha llegado a exigir esa segunda persecución como forma de reparación a las víctimas. Un buen ejemplo de ello lo constituye el caso de los *Diecinueve Comerciantes*, donde se trató la responsabilidad de Colombia por el secuestro, desaparición y asesinato de diecinueve personas por parte de grupos paramilitares (autodefensas) con la presunta colaboración de militares⁴⁶⁰. Cuando la cuestión se planteó ante la Corte Interamericana, los tribunales locales habían condenado por esos hechos a algunos de los civiles autores de la masacre⁴⁶¹. Sin embargo, los militares presuntamente involucrados no habían sido condenados, y habían obtenido resoluciones favorables por parte de los tribunales castrenses que se consideraron competentes para actuar a su respecto⁴⁶². De este modo, la Corte reafirmó su jurisprudencia anterior sobre la excepcionalidad de la jurisdicción militar⁴⁶³, y sostuvo lo siguiente:

“Esta Corte considera que la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de

⁴⁶⁰ Corte IDH, Serie C, n° 109, caso *de los Diecinueve Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004. Sobre los hechos que se tuvieron probados en el caso véanse párr. 83 a 92.e.

⁴⁶¹ *Idem*, véase en particular párr. 88.o.

⁴⁶² *Idem*, véanse en particular párr. 90.a, hasta 90.e.

⁴⁶³ *Idem*, párr. 165 a 167. En particular, en este último se lee: “Al respecto, la Corte ha dicho que ‘[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso’, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Como ha establecido la Corte con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial.”



tales hechos, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana⁴⁶⁴.”

Se trataba, en definitiva, de resoluciones dictadas por la justicia militar que ya habían quedado firmes en el orden interno, y que sin embargo resultaban para la Corte Interamericana violatorias de las garantías del proceso equitativo. Es por eso que, al momento de establecer “otras formas de reparación” a esas violaciones la Corte sostuvo:

“A la luz de las anteriores consideraciones, Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos⁴⁶⁵.”

Como surge con claridad del párrafo transcrito, el segundo proceso contra los militares presuntamente involucrados resulta no solo “no prohibido” sino más bien exigido. Desde la lógica de la Corte Interamericana, hasta tanto no exista una sentencia condenatoria sub-

⁴⁶⁴ *Idem*, párr. 173. A mayor abundamiento, en el párr. 174 se lee: “El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor, implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos.”

⁴⁶⁵ *Idem*, párr. 263. Resulta asimismo de particular interés la lectura de los párrafos 256 a 263, que constituyen una síntesis muy clara de la posición actual de la Corte Interamericana sobre la obligación de investigar y sancionar, y sobre los derechos de las víctimas correlativos a esa obligación, entre los que se incluyen los de tener capacidad actuar procesalmente en todas las instancias.

sistirá la violación a los derechos de las víctimas. Sin embargo, en este caso no se brinda ninguna explicación en concreto acerca de por qué el segundo proceso no vulnera el *ne bis in idem* reconocido en la Convención. Una primera aclaración en este sentido aparece en el caso *Carpio Nicolle*.⁴⁶⁶ Allí se discutía la responsabilidad de Guatemala en el atentado de un conocido periodista y político de aquel país y su comitiva, y en las irregularidades en la posterior investigación del suceso⁴⁶⁷. Pero en lo que aquí interesa, en relación con la subsistencia de la obligación de investigar y sancionar a una persona determinada cuando ha existido un proceso penal previo por los mismos hechos y contra esa misma persona, la Corte habló de un supuesto de “cosa juzgada fraudulenta” en los siguientes términos:

“El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada ‘cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad. (. . .) Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana⁴⁶⁸.”

La referencia al desarrollo de la legislación y jurisprudencia internacionales tiene que ver con las disposiciones de los Estatutos del Tribunal Penal Internacional Permanente, del Tribunal para Ruanda y del Tribunal para la ex Yugoslavia surgidos en el marco de las Naciones Unidas y que se citan expresamente en una nota al párrafo transcrito del caso *Carpio Nicolle*. En definitiva la Corte Interamericana reinterpreta el *ne bis in idem* de la Convención Americana a la luz de esos instrumentos internacionales que, como se señalará en el capítulo VIII, contienen importantes limitaciones expresas a los alcances de la

⁴⁶⁶ Corte IDH, Serie C, n° 117, caso *Carpio Nicolle y otros*, sentencia de 22 de noviembre de 2004.

⁴⁶⁷ *Idem*, párr. 76.21 a 76.69.

⁴⁶⁸ *Idem*, párr. 131 y 132.

garantía. Sin embargo es de destacar que, al obrar de este modo, la Corte traslada a la comprensión del *ne bis in idem* interno de los Estados unas disposiciones pensadas para regular la posibilidad de un *ne bis in idem* internacional cuando un caso penal fuera definitivamente resuelto por un tribunal de un determinado Estado, y se intentara de todos modos perseguir posteriormente a la misma persona y por los mismos hechos ante un tribunal internacional. Dado que no es en absoluto claro que se puedan trasladar sin más los criterios de una y otra manifestación de la garantía en estudio, hubiese sido deseable un mayor desarrollo de la cuestión por parte de la Corte Interamericana.

Más aún, en el estado actual de la jurisprudencia interamericana la obligación de investigar y sancionar alcanza también a supuestos de violaciones a derechos humanos que no necesariamente constituyen crímenes contra la humanidad en el sentido de los estatutos de los tribunales penales internacionales antes mencionados. Esto también genera serios interrogantes sobre la legitimidad de la mencionada extrapolación de criterios. Sin embargo el Tribunal ha insistido posteriormente en esta interpretación, como lo demuestra por ejemplo su repetición en los casos *Gutierrez Soler*⁴⁶⁹ y *Almonacid Arellano*⁴⁷⁰. En este último caso, en particular, se presenta el concepto de “cosa juzgada fraudulenta” y se señala abiertamente que ella constituye una excepción a la aplicación del *ne bis in idem* de la Convención en los siguientes términos:

⁴⁶⁹ Corte IDH, Serie C, n° 132, caso *Gutierrez Soler*, sentencia de 12 de septiembre de 2005, párr. 98, donde se lee: “Este Tribunal ya se ha referido a la llamada ‘cosa juzgada fraudulenta’, que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso. A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados, se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron contaminados por tales vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos.”

⁴⁷⁰ Corte IDH, Serie C, n° 154, caso *Almonacid Arellano*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154, donde se habla de cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

“En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’⁴⁷¹.”

Como puede percibirse, el concepto de cosa juzgada fraudulenta que opera como límite al *ne bis in idem* se presenta aquí en tres supuestos: Absolución o sobreseimiento preordenados a evitar la responsabilidad penal del acusado, violación a las reglas del proceso equitativo y falta de intención de someter al responsable a la acción de la justicia. La enumeración así esbozada es bastante discutible, pues sería necesario explicar con claridad cuál es la diferencia entre los tres supuestos. Ciertamente esas diferencias no son evidentes, sin embargo es posible encontrar alguna precisión si se estudia la cuestión con más detalle. En última instancia, cabe anticiparlo ahora, todo puede resolverse dentro de la lógica de la Corte como distintas formas de violación de las garantías del proceso equitativo.

Cabe considerar en efecto el primero de los supuestos. Una resolución judicial liberatoria (absolución o sobreseimiento) orientada intencionalmente a sustraer al imputado de su responsabilidad sin dudas constituye el caso central de cosa juzgada “fraudulenta”, y al mismo tiempo es una vulneración evidente del procedimiento equitativo si se considera este derecho con relación a las víctimas. Se trata en definitiva de una resolución tomada por un tribunal parcial. Esta constituye una excepción bastante generalizada a la aplicación de la garantía, que puede fundamentarse también en la lógica propia del *ne*

⁴⁷¹ *Ibid.*

bis in idem ya que difícilmente podrá sostenerse que el imputado corrió efectivamente el riesgo de resultar condenado en ese primer proceso fraudulento.

En segundo lugar, un caso en que no existe intención de “someter al imputado a la acción de la justicia” o constituye un supuesto idéntico al anterior, o bien se trata de que algún otro órgano del Estado impidió que tramitaran las actuaciones ante el poder judicial. Si fuera esto último muchas veces no se configurará propiamente “cosa juzgada fraudulenta” sencillamente porque sin intervención judicial difícilmente pueda hablarse de “cosa juzgada”. Tampoco habría nada que objetar desde la perspectiva del *ne bis in idem* interamericano, pues hasta que no haya un primer proceso concluido por sentencia firme en los términos antes explicados la garantía no opera. Sin embargo, es posible pensar en algunos casos en que la actuación de un órgano del Estado bloquea la persecución penal y obliga al mismo tiempo a que en el ámbito del poder judicial se tome alguna resolución liberatoria en la que no exista ni fraude ni parcialidad. Tales serían los casos de ordenamientos jurídicos en los que es posible decretar indultos o amnistías a personas sospechadas de haber cometido delitos que ya tienen un proceso en trámite. En ellos es perfectamente posible que el juez se vea obligado a dictar una resolución que desvincula a la persona del proceso. En este grupo de casos existiría, utilizando la terminología actual de la Corte Interamericana, cosa juzgada “aparente”. La violación al proceso equitativo, tal como éste es entendido por el mismo Tribunal, estaría dada aquí simplemente por el no respeto al llamado derecho de las víctimas a que el Estado investigue y sancione las violaciones a los derechos humanos.

En tercer término, cabe referirse nuevamente a los restantes supuestos de violación al procedimiento con las debidas garantías, falta de parcialidad o de independencia, mencionados anteriormente al valorar la doctrina emanada de los fallos *Castillo Petruzzi y diecinueve comerciantes*. Es claro que aún antes de que exista una resolución judicial que ponga fin al proceso podrían existir eventuales violaciones a las garantías del proceso equitativo expresadas en el art. 8 de la Convención. Muchas de esas violaciones poco tendrán que ver con el *ne bis in idem* propiamente dicho. Sin embargo podría ocurrir de todos modos, que una vulneración previa de las garantías del debido proceso permitiera la anulación de la posterior decisión definitiva del caso, tal

como había señalado la Corte en el caso *Castillo Petruzzi* antes mencionado. Si así fuera, para detectar aquí un problema desde la perspectiva del *ne bis in idem*, habría que afirmar que el retroceso de los procedimientos a etapas anteriores por vía de anulación de los actos posteriores es contrario a esta garantía. Como quedó de manifiesto, la Corte interamericana no parece dispuesta a aceptar esa interpretación ni siquiera para los procedimientos penales en que se persiguen delitos que no constituyen violaciones a los Derechos Humanos. Con lo cual era predecible que tampoco habría de aceptarla para estos casos más graves.

En síntesis, no se aplica el *ne bis in idem* cuando existan violaciones a las garantías del proceso equitativo que, sin darse directamente en las resoluciones que ponen fin al proceso, posibilitan la anulación de ellas. Esto también tiene una cierta explicación dentro de los fundamentos de la garantía en estudio. En la medida en que la anulación se produzca dentro del trámite del primer proceso, difícilmente podrá decirse que hay una duplicación del riesgo de resultar condenado. En todo caso, se tratará de uno de los avatares propios de ese primer proceso. Cuando la anulación se produzca con posterioridad a la firmeza de la resolución dictada en el sistema jurídico nacional, por ejemplo como consecuencia de la decisión de un tribunal internacional como la Corte Interamericana, la cuestión resulta, como ya se dijo, más problemática.

c) **Síntesis crítica**

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que sería necesaria mayor claridad por parte de la Corte Interamericana en punto a cuáles violaciones de las garantías del proceso equitativo son suficientes para invalidar la resolución definitiva y en consecuencia permiten la inaplicación de la garantía en estudio. Si la invalidación se produce dentro del trámite del mismo procedimiento es más difícil sostener que la persona ha sido efectivamente juzgada dos veces. Ahora bien, cuando se trata de anulaciones *ex post*, a lo sumo los casos en que se hubiera favorecido deliberadamente al acusado deberían poder restar operatividad al *ne bis in idem*. En cambio, aún en los casos en que se investi-

gan violaciones a los Derechos Humanos, deberían quedar excluidas las situaciones en las que se violan las garantías del imputado, o las del imputado y la víctima conjuntamente, tan solo por falta de diligencia de las autoridades⁴⁷².

En otras palabras, la misma frase “cosa juzgada fraudulenta” que ha venido utilizando la Corte Interamericana no se compadece con los casos de falta de diligencia en los que la inoperancia del Estado no está orientada directamente a favorecer al imputado. Esto fue advertido, aún antes del caso *Almonacid Arellano*, en un voto razonado concurrente correspondiente al caso *Gutierrez Soler* antes mencionado⁴⁷³. Allí se expresó con claridad que si bien la referencia a lo “fraudulento” implica la existencia de maquinaciones para torcer el rumbo de una causa, la Corte ha pretendido abarcar más grupos de casos⁴⁷⁴. Desde la perspectiva sostenida en ese voto, se advierte también que la tendencia jurisprudencial hacia la obligatoriedad de la punición de las violaciones a los derechos humanos plantea dilemas para una adecuada aplicación del *ne bis in idem*. Esta cuestión se presenta en ese voto como un tema “no cerrado” y por ello se afirma que es necesario realizar en cada caso un análisis objetivo y prudente⁴⁷⁵.

No obstante lo dicho, la prudencia en la consideración de la garantía fue definitivamente dejada de lado por la Corte en el caso *Almonacid Arellano* ya citado. En efecto allí, además de extender el alcance del concepto de cosa juzgada fraudulenta en los términos antes desarrollados, se expresó también lo siguiente:

⁴⁷² Por el contrario, la tendencia de los órganos interamericanos a considerar en este ámbito la violación a la garantía de “plazo razonable” en la duración del proceso penal referida no ya al imputado sino a la víctima no cuaja con la idea de “cosa juzgada fraudulenta” a menos que se compruebe que la dilación es una maniobra orquestada claramente para favorecer al procesado.

⁴⁷³ Corte IDH, caso *Gutierrez Soler* ya citado, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 17 a 22.

⁴⁷⁴ *Idem*, párr. 17 y 18.

⁴⁷⁵ *Idem*, párr. 22.

“ . . . (E)sta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.”

Como puede advertirse, la frase violenta directamente la comprensión de la garantía en estudio. El supuesto derecho de las víctimas a que el Estado investigue y sancione construido por la Corte Interamericana a partir de una dudosa interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención no tiene ya solamente la aptitud de generar obligaciones para los Estados sino que desplaza también el texto expreso de la misma Convención generando una excepción al *ne bis in idem* de tal magnitud que haría no solo permisible sino obligatoria la revisión de las sentencias absolutorias erróneas cuando apareciesen nuevos hechos o nuevas pruebas.

Es incomprensible que la Corte haga referencia en este punto a la “letra” de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*. La relativa medida que todavía se percibía en el caso *Castillo Petruzzi* antes mencionado, en el que la Corte diferenciaba las sentencias que son producto de procedimientos nulos de aquellas que son simplemente erróneas pero que mantienen la incolumidad de la cosa juzgada, ha sido del todo abandonada para los casos en que se investigan tanto violaciones a los Derechos Humanos como crímenes contra la humanidad. Ambas categorías de delitos son bastante difusas. La segunda ha logrado cierta cristalización en el Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente, y en tal caso habría que estar a las disposiciones sobre *ne bis in idem* contenidos en ella, que serán posteriormente objeto de análisis⁴⁷⁶. La primera tiene en cambio contornos por demás indefinidos, y podría llegar a abarcar a cualquier

⁴⁷⁶ Véase capítulo VIII, punto C.

proceso penal en el que se investiguen hechos que afecten bienes jurídicos individuales⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ Se podría plantear por ejemplo que la persecución se limite a aquellos hechos cometidos por agentes del Estado, partiendo de la consideración de que sólo los Estados son responsables ante los sistemas internacionales de protección por las violaciones de Derechos Humanos. Sin embargo esta posición es pasible de críticas. En primer lugar, en un plano valorativo, al no existir ningún criterio cualitativo claro, resulta incongruente que todo delito cometido por un oficial público contra una persona individual sea considerado una violación a un Derecho Humano, con las consecuencias negativas que ello acarrea para el trámite del proceso, mientras que hechos cometidos por particulares no tengan esas mismas consecuencias aún cuando sean significativamente más graves. Así por ejemplo, un policía ofuscado que le propina un puñetazo a un preso bajo su cuidado por haber sido insultado por éste, habría cometido un delito no amnistiable, imprescriptible, y respecto del cual no rige el *ne bis in idem* si apareciesen nuevas pruebas incriminatorias luego de concluido el primer proceso por sobreseimiento o absolución. En cambio un particular que con una ametralladora mata a diez personas habrá cometido un delito común.

En segundo lugar, la posición criticada parece confundir las violaciones de Derecho Humanos con la responsabilidad internacional derivada de esas violaciones, declarada por un órgano internacional. La propia Comisión Interamericana ha afirmado en sus primeras declaraciones sobre terrorismo que los atentados de esa clase constituyen violaciones a los derechos humanos. Esto se compadece con el propio texto del art. 25 de la Convención Americana. Allí, al regularse el amparo jurisdiccional, se habla de que la persona tiene derecho a un procedimiento “que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por (. . .) la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” En definitiva, se está hablando claramente de violaciones a los derechos humanos cometidas tanto por particulares como por agentes públicos. Ambas generan el derecho a un recurso judicial sencillo y efectivo. El texto de este artículo tiene particular relevancia para la cuestión ahora analizada, pues la Corte Interamericana lo considera una de las fuentes normativas del derecho individual de las víctimas a que el Estado investigue y sancione.

Lo dicho no implica desconocer que los órganos internacionales de Derechos Humanos, a diferencia de los tribunales penales internacionales, únicamente pueden declarar la responsabilidad de los Estados y no la de las personas individuales. Asimismo, es cierto que la responsabilidad del Estado surge en primer lugar por la actuación de sus órganos. Sin embargo la Corte Interamericana también ha vinculado la responsabilidad del Estado a partir de los hechos de terceros. De este modo, ha afirmado que la obligación de investigar y sancionar se refiere tanto a agentes particulares como a particulares que actuasen con el apoyo o tolerancia de algún órgano del Estado. Hasta allí no habría problemas, porque parece requerirse precisa-

2) LA POSIBILIDAD DE SUSPENSION

Para un adecuado análisis del problema de si resulta posible o no suspender la aplicación del *ne bis in idem* previsto en la Convención Americana en una situación de excepción, conviene tomar en cuenta cómo están regulados los estados de excepción en la sistemática del Pacto de San José de Costa Rica. En este sentido, resulta importante repasar el texto del artículo 27, que concretamente dispone lo siguiente:

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”

La sola lectura del texto transcrito marca algunas pautas importantes. Por lo pronto, la posibilidad de suspensión está claramente

mente que el Estado esté involucrado. No obstante, el concepto de “tolerancia” generado por la Corte es tan amplio que llega a incluir los casos en que sencillamente se omite investigar y sancionar las violaciones cometidas por particulares. Véase por ejemplo en este sentido Corte IDH, Serie C n° 37, caso *Paniagua Morales*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 91.

prevista y regulada. En definitiva, planteada la situación de necesidad es perfectamente posible suspender derechos reconocidos. Sin embargo debe tomarse en cuenta que suspensión no puede ser sinónimo de supresión absoluta de derechos⁴⁷⁸.

La primera y obvia exigencia para que haya propiamente suspensión es que efectivamente exista una situación de necesidad. La suspensión, como forma más intensa de afectación de los derechos reconocidos que las injerencias permisibles aún en tiempos normales (por ejemplo los allanamientos de morada o las detenciones bajo sospecha en causas criminales) requiere para estar legitimada de un contexto absolutamente inusual que el propio texto convencional circunscribe a: guerra, peligro público, u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. Fuera de estos supuestos no es posible suspender válidamente derechos⁴⁷⁹.

En segundo lugar, para la determinación en concreto de qué derechos pueden suspenderse, en qué medida y por cuánto tiempo, aparece el límite de lo que resulte necesario conforme la misma situación de necesidad que se invoca. El texto transcrito claramente prohíbe entonces que la situación de necesidad sea instrumentalizada invocándola para imponer suspensiones masivas e indiscriminadas que no se adecuan estrictamente a lo requerido por ella.

A lo dicho se suma una referencia a la compatibilidad con otras obligaciones que surjan del Derecho Internacional. Esto implica que, aún cuando la norma antes transcrita de la Convención Americana parezca autorizar suspensiones en más supuestos que los previstos en otras normas del Derecho Internacional que vinculen a un Estado miembro de la Convención, las leyes sobre suspensión que éste dicte deberán ceñirse al marco más restringido que aquellas otras normas establezcan. De este modo, un Estado Parte no podrá válida-

⁴⁷⁸ Corte IDH, serie A, n° 6, Opinión Consultiva OC 6/86, párr. 14

⁴⁷⁹ No interesa a los fines de este trabajo desarrollar el alcance de cada uno de estos supuestos. Sobre la suspensión en el sistema interamericano véase Corte IDH, serie a, n° 8, Opinión Consultiva OC-8/87, que a propósito de la garantía del hábeas corpus bajo suspensión de garantía da criterios más generales.

mente invocar la Convención Americana para disponer suspensiones en supuestos en no le esté permitido hacerlo según otras normas internacionales que lo vinculan. Este recorte a la facultad de suspensión está dentro de la lógica del principio *pro homine* que, como quedara dicho, resuelve siempre a favor de la persona humana las colisiones que puedan presentarse entre diferentes interpretaciones de una misma norma o entre diferentes disposiciones normativas que permiten limitar derechos con alcances diversos.

Otro límite general a la facultad de suspender derechos en situaciones de excepción viene dado por la referencia del texto transcrito a la prohibición de discriminación. En definitiva, independientemente de la situación de necesidad que se plantee, y del conjunto de medidas que, conforme información objetiva con la que se cuenta permitiría resolver eficazmente el problema planteado, la disposición de suspensión que un Estado dicte nunca podrá válidamente conducir a un trato discriminatorio⁴⁸⁰.

Además de las limitaciones generales antes reseñadas, el texto transcrito dispone prohibiciones puntuales a la facultad de suspensión de derechos. Nótese que, en su primer inciso, el citado art. 27 utiliza un lenguaje genérico en el que se abarcan, como susceptibles de ser suspendidas, todas las obligaciones contraídas por el Estado en la misma Convención. En virtud del inciso segundo en cambio, quedaría prohibida la suspensión un grupo de derechos específicamente enumerados, y de las garantías judiciales necesarias para protegerlos. Ahora bien, en esa enumeración no se encuentra incluida la prohibición de *bis in idem*. Más aún, ninguna de las garantías judiciales del art. 8 en general se encuentra incluida. Siendo ello así, parecería solamente podría considerarse vedada la suspensión de ellas en la medida que, en el caso concreto, se presentaren como indispensables para tutelar alguno

⁴⁸⁰ Por ejemplo, la constatación sobre bases empíricas sólidas de que una amenaza grave proviene de personas pertenecientes a un determinado grupo racial o religioso, no legitimaría la suspensión de derechos de todos los miembros de ese grupo por el solo hecho de pertenecer a él, aún cuando tal medida resultare en la práctica efectiva para resolver la situación de necesidad planteada.

de los derechos cuya suspensión sí está expresamente prohibida. Desde esta perspectiva el *ne bis in idem* de la Convención Americana podría perfectamente ser objeto de suspensión.

No obstante lo dicho, la lógica propia de los derechos humanos impide considerar como una enumeración taxativa el listado de derechos que no pueden suspenderse del inciso segundo del art. 27 de la Convención Americana. En efecto, si se parte de la base de que la regla general es la plena vigencia de los derechos y garantías reconocidos, y se agrega a ello que corre por cuenta del Estado la justificación, en cada caso, de los motivos y alcances de las suspensiones dispuestas, se puede concluir en que están implícitamente incluidos en la lista de derechos no susceptibles de suspensión aquellos cuya limitación no pueda vincularse razonablemente con la superación de alguna de las situaciones de necesidad contempladas en la Convención. En este orden de ideas, cabe preguntarse en qué medida es posible relacionar la doble sanción o doble sometimiento a proceso de una misma persona por unos mismos hechos, con la superación de una situación de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. La sanción que mediante un procedimiento penal se busca imponer, podría eventualmente resultar una medida eficaz para enfrentar una situación de peligro como las mencionadas, pero cabe pensar que en muchos casos ese efecto no se lograría solo mediante el hecho mismo de la existencia de un segundo proceso o sanción penal sino más bien por la limitación de derechos que tal sanción habitualmente importa. Siendo ello así, no tendría sentido suspender el *ne bis in idem* sino, en todo caso, directamente el derecho que la sentencia penal habría restringido de haber sido posible dictarla.

Así y todo, es todavía posible concebir algún caso en que el segundo proceso penal aparezca como una medida plausible para contener un situación de peligro público. Basta recordar lo ocurrido en la ciudad de Los Ángeles y en otras muchas ciudades de los Estados Unidos luego de la cuestionada absolución decretada por un jurado en

el recordado caso *Rodney King*⁴⁸¹. Sin embargo, es importante destacar que en casos como este no se estaría ante una suspensión de derechos como medida general tomada para afrontar la situación de peligro, sino más bien ante un supuesto peculiar de no aplicación de la garantía en un caso determinado. Si realmente se tratara de una suspensión, además del alcance general de la medida, la garantía debería recuperar su virtualidad pasada la situación de emergencia, y por tanto debería anularse entonces el segundo proceso iniciado o la segunda sanción impuestos. En casos como este en cambio, la inaplicación de la garantía aparece como una respuesta definitiva y concreta a la situación de peligro generada precisamente por la falta de sanción en el primer proceso. Se trataría entonces de una excepción (cuya legitimidad parece de todos modos muy discutible) más que de una suspensión propiamente dicha⁴⁸². En definitiva, es posible sostener que el *ne bis in*

⁴⁸¹ Lo que se discutía allí era la situación de unos policías de raza blanca, quienes luego de detener a un sospechoso de raza negra lo habían castigado brutalmente cuando aparentemente ya estaba reducido. La golpiza fue captada por la video cámara de un transeúnte circunstancial, y las imágenes tuvieron una amplia difusión y repercusión en la opinión pública. No obstante la alegada contundencia de esa prueba, un jurado del estado de California (integrado mayormente por blancos) absolvió a los policías acusados. Esa decisión originó importantes estallidos de violencia en las comunidades negras de varias ciudades de los Estados Unidos. Sobre los hechos y demás incidencias de este caso véase por ejemplo CRAWFORD, James M., "United States v. Powell: A Relook at the Dual Sovereignty Exception to the Fifth Amendment's Prohibition Against Successive Prosecutions", en *Western State University Law Review*, Spring 1995, pág. 219. Asimismo, un interesante resumen cronológico de lo ocurrido, además de otros materiales vinculados con este caso, pueden consultarse en el sitio de internet de la escuela de Derecho de la Universidad de Missouri en Kansas City: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/lapd/kingchronology.html>

⁴⁸² Es importante destacar de todos modos que, tal como surge del material citado en la nota previa, en Estados Unidos el problema se zanjó porque el segundo proceso se llevó a cabo ante la jurisdicción federal, mientras que el primero había tenido lugar ante la justicia del Estado de California. Es decir que no se recurrió a una excepción *ad hoc* a la garantía sino a una doctrina bastante asentada en la jurisprudencia de aquel país según la cual cada Estado de la Unión, y la Unión misma, son soberanos distintos con potestades penales autónomas que no se excluyen mutuamente. De allí que puedan darse sucesivos procesos y sanciones a una misma persona por unos mismos hechos en estados diferentes, o en un estado y la justicia fede-

idem es una garantía no susceptible de suspensión en situaciones de emergencia en el sistema interamericano, independientemente de que la Convención nada diga al respecto.

3) LA POSIBILIDAD DE UNA APLICACIÓN INTERNACIONAL DE LA GARANTÍA

A diferencia de lo que ocurre con las disposiciones de otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos en las que se consagra la prohibición de *bis in idem* en materia penal, el lacónico texto del art. 8.4 de la Convención Americana tampoco contiene ninguna referencia sobre el alcance nacional o internacional de la garantía. Como se verá en los apartados siguientes, tanto la Convención Europea como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionan concretamente la jurisdicción local, o la ley y el procedimiento penal de cada país como ámbitos naturales de aplicación de la prohibición, y esa forma limitada de entender la garantía ha sido reforzada por la interpretación de los órganos de aplicación correspondientes. En el sistema interamericano no parecen haberse planteado hasta el presente casos ante la Comisión o la Corte en los que este aspecto de la garantía necesitara ser abordado.

La omisión señalada plantea entonces una interesante disyuntiva. La primera posibilidad es interpretar que el mencionado art. 8.4 de la Convención, al no contener expresamente ninguna limitación que circunscriba la prohibición de *bis in idem* a la multiplicidad de sanciones o procesos penales dentro de un mismo Estado parte, estaría consagrando la garantía en términos más amplios vedando el segundo proceso o sanción tanto cuando los primeros hubieran acontecido dentro del mismo Estado como cuando hubieran tenido lugar en otro Estado diferente. En sustento de esta interpretación puede recurrirse a los criterios generales para la interpretación de los derechos humanos co-

ral. Sobre el funcionamiento de esta doctrina en los Estados Unidos cabe remitirse al capítulo II, punto C.2.

mo serían la cláusula *pro homine* y el principio de progresividad mencionados al comienzo de este capítulo. Sin embargo, también es cierto que tanto en los derechos nacionales como en el Derecho Internacional está muy extendida la idea de que el *ne bis in idem* no es en principio una garantía internacional, sino que en este ámbito se la va reconociendo paulatinamente en la medida en que es recogida por ciertos instrumentos bilaterales o multilaterales como los convenios de extradición, de reconocimiento de sentencias, o aún de integración como es el caso del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen en el ámbito europeo que será discutido en el capítulo VII. La cuestión permanece, de todos modos, abierta.

CAPÍTULO V
EL *NE BIS IN IDEM* EN EL CONVENIO EUROPEO
PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

A) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

1) PANORAMA GENERAL

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, no contiene en su articulado básico ninguna referencia a la garantía del *ne bis in idem*. En este sentido presenta una diferencia esencial con la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que la reconocen dentro del conjunto de las garantías del procedimiento equitativo. Sin embargo la prohibición en cuestión fue expresamente recogida en el Protocolo adicional N° 7, artículo 4, y esta norma, según el mismo Tribunal Europeo debe ser también leída en el conjunto de las garantías del debido proceso⁴⁸³. En en el mencionado art. 4 concretamente se dispone:

“Artículo 4: Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces.

1. Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la

⁴⁸³ En efecto, tiene dicho la Corte de Estrasburgo: “The Court notes that the protection against duplication of criminal proceedings is one of the specific safeguards associated with the general guarantee of a fair hearing in criminal proceedings.” TEDH, caso *Nikitin v. Russia*, Sentencia del 20 de julio de 2004, párr. 35.

que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas, o cuando un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. Ninguna derogación al presente artículo será autorizada en base al artículo 15 del Convenio⁴⁸⁴.”

La lectura de esta norma revela que la concepción del *ne bis in idem* en el sistema europeo de derechos humanos es bastante limitada, como se afirma en los trabajos preparatorios y lo ha reconocido el propio Tribunal Europeo⁴⁸⁵. De todos modos, conviene comenzar el análisis por el primer párrafo del mencionado art. 4, donde se consagra expresamente la garantía, antes que hacer referencia a las específicas limitaciones a sus alcances establecidas más bien en el párrafo segundo.

⁴⁸⁴ Traducción realizada en el ámbito del Consejo de Europa, con la siguiente aclaración: “Las versiones en inglés y francés de este texto son las oficiales y ambas son igualmente auténticas. La versión española no tiene carácter oficial y no debe utilizarse sino a título informativo.” Véase en este sentido: http://www.coe.int/t/e/human_rights/echr_es.pdf, consultada por última vez el 29 de febrero de 2008.

⁴⁸⁵ En efecto, el Tribunal ha afirmado: “The Court also notes that, apart from revealing that the *non bis in idem* rule was construed relatively narrowly, the *travaux préparatoires* on Protocol No. 7 shed little light on the matter.” TEDH, caso *Goktan v. France*, sentencia de 2 de julio de 2002, párr. 46. Con ello se pone de manifiesto no solo el limitado alcance de la garantía sino también la limitada utilidad de los trabajos preparatorios para interpretarla adecuadamente.

2) EL TITULAR DE LA GARANTÍA

Como puede apreciarse a partir de la lectura del texto antes transcrito, la garantía parece alcanzar en general a toda persona, pues se dice que “nadie podrá ser perseguido o castigado”. En efecto en el texto oficial en francés se habla de “*nul ne*”, y en el texto en inglés de “*no one*”. ¿Significa esto que ella alcanza también a otras partes en el proceso distintas del imputado? Ello no parece posible, pues tanto por la razón de ser de la prohibición como por la referencia a que lo vedado es la doble persecución o el doble castigo pocas dudas pueden haber en cuanto a que quien resulta tutelado es únicamente el imputado.

En segundo lugar, hay que destacar que en las normas generales establecidas al comienzo de la Convención Europea no hay unas referencias tan tajantes al ser humano como sujeto protegido como las que aparecen en el art. 1 inc. 2 de la Convención Americana. Ello permitiría considerar que las personas jurídicas también son sujetos protegidos en el sistema europeo de Derechos Humanos. En efecto, el art. 1 de la Convención Europea establece únicamente que:

“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.”

Además, la idea de que las personas jurídicas no resultan un cuerpo extraño en el conjunto de derechos y garantías reconocidos en la Convención Europea halla también sustento en el primer Protocolo Adicional, cuyo art. 1 consagra el derecho de propiedad a favor de “toda persona física o moral”⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 20.III.1952. “Artículo 1: Protección de la propiedad

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.” Es cierto que la expresa referencia a la persona jurídica en esta norma también podría

Otra referencia normativa muy sugestiva es el texto actualmente vigente del art. 34 de la Convención sobre demandas individuales, que está ubicado en el Título correspondiente a la competencia y atribuciones del Tribunal Europeo. Esa norma establece expresamente lo siguiente:

“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos.”

Es de destacar en el artículo citado que tanto las personas físicas como las organizaciones no gubernamentales y los grupos de particulares pueden válidamente llegar a considerarse “víctimas” de una violación para presentar una demanda ante el Tribunal Europeo. En ello está implícito que se los tiene por titulares de los derechos y las garantías consagrados en el Convenio o en sus Protocolos⁴⁸⁷.

En el contexto antes delineado, no resulta llamativo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya decidido en numerosas oportunidades reconocer a las personas jurídicas como sujetos amparados por la Convención, y haya declarado la existencia de violaciones de varios derechos y también de garantías del proceso equitativo en perjuicio de ellas⁴⁸⁸. Ello incluye aún a las personas jurídicas disueltas

ser entendida en el sentido de que ella sólo está protegida cuando expresamente se lo establece.

⁴⁸⁷ En este sentido es interesante comparar la norma transcrita con el texto sobre denuncias individuales del art. 44 de la Convención Americana, en el que si bien se hace referencia a las organizaciones no gubernamentales y grupos, sólo se les permite intervenir como denunciantes, pero en ningún momento se dice que sean víctimas. Concretamente, el mencionado art. 44 establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.”

⁴⁸⁸ Entre muchos precedentes pueden citarse por ejemplo TEDH, caso *The Sunday Times*, sentencia de 26 de abril de 1979, o más recientemente y específicamente

luego de ocurrida la violación⁴⁸⁹. Solo quedarían fuera del ámbito de protección dispensado por la Convención Europea aquellas organizaciones estatales que tienen un efectivo poder de gobierno, pues aún ciertas personas jurídicas públicas que carecen de tal poder se consideran sujetos tutelados⁴⁹⁰.

A partir de lo expuesto, cabe sostener que en el sistema europeo de Derechos Humanos la prohibición de *bis in idem* también protege tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, en la medida en que ellas sean sometidas al poder penal de los Estados o también a otras manifestaciones del poder administrativo sancionador cuyas características permitan incluirlas dentro de lo que se considera “materia penal” a los fines de las garantías penales de la Convención Europea⁴⁹¹.

3) DOBLE PUNICIÓN-DOBLE ENJUICIAMIENTO

Lo primero que surge entonces de la lectura del primer párrafo del texto legal transcripto, es la clarísima referencia a que nadie puede ser “perseguido o castigado nuevamente”. Esto implica darle operatividad a la garantía tanto para evitar la repetición en la imposi-

mente sobre garantías procesales TEDH, caso *Silvester’s Horeca Service v. Belgium*, sentencia de 4 de marzo de 2004.

⁴⁸⁹ Véase TEDH, caso *Pine Valley v. Ireland*, sentencia de 29 de noviembre de 1991, párr. 40 a 43.

⁴⁹⁰ En este sentido véase TEDH, caso *The Holy Monasteries v. Greece*, sentencia de 9 de diciembre de 1994, en donde el Estado griego planteó precisamente como excepción preliminar la imposibilidad de considerar víctimas de violaciones de derechos reconocidos en la Convención a un conjunto de monasterios ortodoxos por entender que ellos eran en realidad personas jurídicas estatales (ver párr. 48). La Corte rechazó sin embargo la objeción fundamentalmente por entender que, no obstante los particulares lazos entre la iglesia ortodoxa y el Estado griego, los monasterios en cuestión carecían de poderes de gobierno, y aún siendo entidades de derecho público estaban orientadas a actividades eclesiásticas y espirituales, y eventualmente culturales y sociales (ver párr. 49).

⁴⁹¹ Sobre el concepto de “materia penal” en la Convención Europea véase seguidamente el punto 4 de este mismo capítulo y apartado.

ción de penas como la repetición en la realización de juicios penales. En otras palabras, la disposición europea consagra tanto la vertiente sustantiva como la procedimental de la prohibición de *bis in idem*. En este sentido el Protocolo examinado supera por lo abarcativo de su redacción al texto interamericano antes analizado.

Por otra parte, en consonancia con esta formulación bastante obvia del texto de la Convención, el Tribunal Europeo tiene dicho que el Artículo 4 del Protocolo N° 7 prohíbe que un acusado sea juzgado o castigado en procedimientos criminales por un delito por el cual ya hubiese sido definitivamente condenado⁴⁹². Del mismo modo, y reforzando especialmente la importancia de la vertiente procedimental, el mismo Tribunal ha dicho también, a modo de recapitulación de su jurisprudencia anterior en la materia, que el fin de la disposición bajo análisis es prohibir la repetición de procedimientos criminales que han concluído por decisión definitiva, destacando muy especialmente que la cuestión de la repetición del juicio o del castigo es lo central del problema jurídico abordado en esa norma⁴⁹³.

Si las anteriores referencias no fueran suficientes para aclarar el punto, el Tribunal definió explícitamente la cuestión en una sentencia todavía más reciente en la que también repasó su jurisprudencia anterior y afirmó:

“El Artículo 4 del Protocolo n° 7 no está limitado al derecho a no ser castigado dos veces sino que se extiende al derecho a no ser perseguido o juzgado dos veces (. . .) Si no fuera así no hubiese sido necesario agregar la palabra ‘castigado’ a la palabra ‘juzgado’ pues ello sería mera duplicación⁴⁹⁴.”

⁴⁹² TEDH, caso *Goktan*, ya citado, párr. 47.

⁴⁹³ TEDH, caso *Nikitin*, ya citado, párr. 35.

⁴⁹⁴ TEDH, caso *Zolotukhin*, sentencia de 7 de junio de 2007, párr. 34.

4) ¿UNA GARANTÍA PROPIAMENTE “PENAL”?

El texto antes transcrito del Protocolo N° 7 nos habla de que la garantía se aplica a “procedimientos criminales” y “penas” o “sanciones criminales”. Es por eso que se hace importante saber qué se entiende por tales. En este sentido, la idea ya mencionada de que la norma debe ser leída en el conjunto de las garantías de la convención echa luz sobre esta cuestión. En efecto el Tribunal Europeo ha afirmado en un caso en que se planteaba la aplicación del citado art. 4 del Protocolo N° 7, que lo que se entiende por “pena” no puede tener un alcance diferente en los distintos artículos de la convención⁴⁹⁵, y lo mismo puede decirse de lo que se entiende en general por “criminal” o proceso “criminal” o “materia penal”. Esa misma idea se especificó posteriormente, llegando a sostener el Tribunal que las referencias a “perseguido o sancionado penalmente” y a “procedimiento penal” contenidas en el texto del art. 4 del Protocolo n° 7, ya sea en la versión en inglés o en la versión en francés, deben ser interpretadas a la luz de los principios generales concernientes a la interpretación de giros análogos como “infracción penal” y “pena” utilizados en los artículos 6 y 7 de la Convención⁴⁹⁶. Siendo ello así, para tener una idea clara de los alcances de la garantía en análisis conviene tomar en consideración el desarrollo de estos conceptos en la doctrina del Tribunal Europeo.

La sentencia que marcó toda la evolución posterior de la cuestión es la correspondiente al caso *Engel*. Allí se estableció que el concepto “materia penal” contenido en el art. 6 de la Convención Europea, donde se consagran las garantías del proceso equitativo, no podía

⁴⁹⁵ En efecto, en TEDH, caso *Goktan*, ya citado, párr. 48, se dice claramente: “The notion of what constitutes a ‘penalty’ cannot vary from one Convention provision to another.”

⁴⁹⁶ TEDH, caso *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 7 de junio de 2007, párr. 29, donde con claridad se expresa: “The Court notes that the words ‘in criminal proceedings’ and ‘penal procedure’ used in the text of Article 4 of Protocol No. 7 – rendered in the French text as ‘pénalement’ and ‘procédure pénale’ – must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words ‘criminal charge’ (‘infraction pénale’) and ‘penalty’ respectively in Articles 6 and 7 of the Convention.”

quedar librado a lo que los Estados entendieran por tal. Es decir que esa expresión se trata en definitiva de un concepto autónomo con una significación propia en el orden internacional determinada en última instancia por la propia corte europea. Es ese tribunal internacional el que decidirá entonces si un determinado procedimiento sancionador ocurrido en un Estado debe o no ser considerado “acusación penal” para determinar si debieron respetarse en él las garantías del proceso equitativo⁴⁹⁷.

Ciertamente la posibilidad de que sea la voluntad de cada Estado individualmente la que defina el ámbito de aplicación de un derecho humano reconocido en la convención resulta inaceptable en el orden internacional, pues ello derivaría en la imposibilidad de establecer un estándar mínimo aplicable como piso a todos los países que integran el sistema europeo. Es por eso que el Tribunal Europeo estableció en el caso mencionado y en su jurisprudencia posterior los criterios que permiten determinar la aplicabilidad de las garantías penales del art. 6. Esos criterios son: la clasificación del delito en el orden interno, la naturaleza del ilícito y la naturaleza y severidad de la sanción⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Concretamente, el Tribunal Europeo afirmó en *Engel* lo siguiente: “Si los Estados contratantes pudieran a discreción clasificar un ilícito como disciplinario en vez de criminal, o procesar al autor de un ilícito mixto solo en el plano disciplinario en vez de en el plano criminal, la operatividad de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 quedaría subordinada a su libertad soberana.” Traducción del autor de este trabajo de la versión inglesa del TEDH, Serie A nro.22, caso *Engel and Others v. Netherlands*, sentencia del 8 de junio de 1976, párr. 81. Si bien este caso trata concretamente del derecho disciplinario militar, su doctrina ha sido ampliada a otros supuestos. Así por ejemplo se extendió su aplicación al ámbito de las infracciones de tránsito (en TEDH, Serie A nro. 73, caso *Öztürk v. Germany*, sentencia del 21 de febrero de 1984) y a las infracciones tributarias (en TEDH, Serie A, nro. 284, caso *Bendenoun v. France*, sentencia del 24 de febrero de 1994).

⁴⁹⁸ Estos criterios ya son jurisprudencia consolidada en el Tribunal Europeo. En efecto, véase el siguiente párrafo de un fallo reciente: “The Court notes that it is not disputed by the parties that the applicability of Article 6 falls to be assessed on the basis of the three criteria outlined in the *Engel* judgment (. . .). In that context, the Court recalls that in order to determine whether an offence qualifies as “criminal” for the purposes of the Convention, the first matter to be ascertained is whether

Para saber si un ilícito es realmente penal debe estarse en primer lugar a la clasificación que de la conducta criminal se haga en el orden interno. Si un país decide considerar determinada conducta como abarcada por el derecho penal sustantivo, deberá en consecuencia respetar y garantizar en los procedimientos correspondientes las exigencias del procedimiento equitativo⁴⁹⁹. Esto no contradice lo dicho en el párrafo anterior porque los instrumentos de derechos humanos fijan un piso mínimo y no un techo. Nada impide que los Estados les den a las garantías penales un ámbito de aplicación mayor que el que se les exige en abstracto desde el derecho internacional de los derechos humanos. Además, si una conducta ha sido considerada delito en el orden interno, la persona acusada de realizarla podría eventualmente ser sometida a una ley procesal que suele posibilitar restricciones de los derechos individuales de mucha intensidad. Eso justifica la aplicación de las garantías penales. Se trata entonces de una autonomía estatal relativa⁵⁰⁰. Si el Estado considera al ilícito como parte de su derecho penal, se aplican las garantías, si no es así, se hace necesario revisar la cuestión conforme ulteriores ponderaciones⁵⁰¹.

or not the text defining the offence belongs, in the legal system of the respondent State, to the criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6 of the Convention, to the ordinary meaning of the terms of that Article and to the laws of the Contracting States". TEDH, caso *Ziliberg v. Moldova*, sentencia del 1 de febrero de 2005, párr. 29.

Para un buen desarrollo de estos criterios en la jurisprudencia europea véase VAN DIJK, P. y VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, págs. 410 a 418. También puede consultarse HARRIS, O'BOYLE, y WARBRICK, ob. cit., págs. 167 a 171.

⁴⁹⁹ También en TEDH, Serie A nro.22, caso *Engel and Others v. Netherlands*, sentencia del 8 de junio de 1976, párr. 81, ya citado.

⁵⁰⁰ En el caso *Engel* el Tribunal Europeo habla de una autonomía "one way only".

⁵⁰¹ En términos muy claros el Tribunal Europeo ha expresado: "While it is recognized that States have the right to distinguish between criminal offences and disciplinary offences in domestic law, it does not follow that the classification thus made is decisive from the viewpoint of the Convention. The notion of 'criminal

En cuanto a la naturaleza del ilícito como criterio para establecer si hay “materia penal” en el sentido del art. 6 de la Convención Europea, el Tribunal Europeo ha establecido dos sub-criterios. El primero tiene que ver con el alcance de la norma local infringida y el segundo con el fin de la sanción impuesta. A su vez, para establecer el alcance de la norma local infringida hay ver quiénes son los destinatarios de las sanciones que en ella se establecen. Si se trata de un sub-sistema cerrado, es decir uno cuyas sanciones son aplicables únicamente a un conjunto determinado de sujetos (como muchos de los ámbitos donde se imponen sanciones disciplinarias), es posible que la cuestión no sea específicamente penal a los fines del art. 6. Si por el contrario se trata de un sistema sancionador dirigido a la población en general es posible que se trate de una cuestión penal a efectos de aplicar las garantías correspondientes⁵⁰². En lo que hace al fin de la sanción, se trata de ver si, no obstante su consideración en el derecho doméstico como sanción administrativa, ella conserva carácter esencialmente represivo o preventivo propio de una norma penal⁵⁰³.

charge’ in Article 6 (art. 6) has an autonomous meaning and the Court must satisfy itself that the line drawn in domestic law does not prejudice the object and purpose of Article 6 (art. 6).” TEDH, Serie A nro. 22, caso *Demicoli v. Malta*, sentencia del 27 de agosto de 1991, párr. 31.

⁵⁰² Véanse en este sentido las valoraciones realizadas en TEDH, caso *Demicoli* ya citado, párr. 33.

⁵⁰³ Concretamente, el Tribunal Europeo ha afirmado: “The rule of law infringed by the applicant has, for its part, undergone no change of content. It is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status - in the manner, for example, of disciplinary law -, but towards all citizens in their capacity as road-users; it prescribes conduct of a certain kind and makes the resultant requirement subject to a sanction that is punitive. Indeed, the sanction - and this the Government did not contest - seeks to punish as well as to deter. It matters little whether the legal provision contravened by Mr. Öztürk is aimed at protecting the rights and interests of others or solely at meeting the demands of road traffic. These two ends are not mutually exclusive. Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature.” TEDH, caso *Öztürk* ya citado, párr. 53.

Finalmente, el análisis de la naturaleza y severidad de la sanción, más allá de su finalidad, refiere por un lado al tipo de respuesta sancionadora. En general, las privaciones de libertad son más propias de lo específicamente criminal. Sin embargo las valoraciones del Tribunal Europeo suelen ser más bien casuísticas, y no se han establecido límites precisos en punto a qué sanción administrativa o disciplinaria puede pasar a considerarse por su gravedad propia de la “materia criminal”⁵⁰⁴. Inclusive se ha considerado que el hecho de que un Estado imponga ante un ilícito determinado una sanción privativa de libertad no necesariamente implica que corresponda aplicar las garantías del art. 6, sobre todo si se trata de sanciones leves⁵⁰⁵. De todos modos hay que tener en cuenta que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo considera que si por la naturaleza del ilícito, corresponde la aplicación de las garantías del proceso equitativo, el Estado no podrá dejar de lado dichas garantías basándose únicamente en la escasa severidad de la sanción a imponer. Con lo cual se pone de manifiesto

⁵⁰⁴ En este sentido véase la siguiente afirmación del Tribunal Europeo: “In the present case, however, the severity of the actual and potential penalty could in principle be considered as another argument in favour of the applicability of Article 6. In this respect it is to be noted that the applicant was fined MDL 36 (the equivalent of EUR 3.17 at the time), which constituted over 60% of his monthly income and that he faced a maximum penalty of MDL 90 (the equivalent of EUR 7.94 at the time).

Moreover, if he failed to pay the fine in the circumstances provided for in Article 26/4 of the CAO he was liable to be imprisoned for twenty days (see paragraph 22 above). It is important to note in this respect that under the Code of Civil Procedure in force at the material time, the failure to comply with civil judgments could not lead to imprisonment.” TEDH, caso *Zilberberg*, ya citado, párr. 34.

⁵⁰⁵ En palabras del Tribunal Europeo: “However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the ‘criminal’ sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so.” TEDH, caso *Engel* ya citado, párr. 82.

que los criterios de “naturaleza del ilícito” y “naturaleza y severidad de la sanción” ya explicitados vendrían a ser alternativos y no acumulativos⁵⁰⁶. Únicamente se realiza un análisis acumulativo cuando ninguno de los criterios por si solo aparece como determinante en un caso concreto⁵⁰⁷.

Todos los criterios antes enumerados son pues perfectamente aplicables para determinar si en un caso hay persecución o sanción

⁵⁰⁶ Esta suerte de relativización de la severidad de la sanción como criterio relevante se viene dando a partir del citado caso *Öztürk*, en cuyo párr. 53 se dijo expresamente: “The fact that it was admittedly a minor offence hardly likely to harm the reputation of the offender does not take it outside the ambit of Article 6 (art. 6). There is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention necessarily implies a certain degree of seriousness. In this connection, a number of Contracting States still draw a distinction, as did the Federal Republic at the time when the Convention was opened for the signature of the Governments, between the most serious offences (crimes), lesser offences (délits) and petty offences (contraventions), whilst qualifying them all as criminal offences. Furthermore, it would be contrary to the object and purpose of Article 6 (art. 6), which guarantees to “everyone charged with a criminal offence” the right to a court and to a fair trial, if the State were allowed to remove from the scope of this Article (art. 6) a whole category of offences merely on the ground of regarding them as petty.”

Sin embargo corresponde hacer notar que en el caso *Bendenoun* antes citado, el Tribunal Europeo encaró la cuestión con un enfoque acumulativo de los distintos criterios. Véase en especial párr. 47 *in fine*.

⁵⁰⁷ El enfoque acumulativo fue utilizado, como se dijera en la nota previa, en el caso *Bendenoun* ya citado, párr. 47 *in fine*. Pero allí no quedaba todavía claro como se compatibilizaba ese enfoque con la jurisprudencia sentada en *Öztürk*. Posteriormente el Tribunal Europeo sentó la regla de que el enfoque acumulativo podía aplicarse cuando los criterios no fueran suficientemente claros por sí solos. De este modo afirmó: “These criteria are alternative and not cumulative: for Article 6 to apply by virtue of the words “criminal charge”, it suffices that the offence in question should by its nature be “criminal” from the point of view of the Convention, or should have made the person concerned liable to a sanction which, by its nature and degree of severity, belongs in general to the “criminal” sphere. This does not exclude that a cumulative approach may be adopted where the separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a “criminal charge” (TEDH, caso *Västberga et al. v. Sweden*, sentencia de 23 de julio de 2002, párr. 78).

penal en el sentido del *ne bis in idem* del Protocolo N° 7. De hecho han sido expresamente utilizados a tal fin por el Tribunal Europeo⁵⁰⁸.

A partir de lo dicho queda de manifiesto que la garantía del *ne bis in idem*, por cuanto constituye una manifestación de la idea de proceso equitativo, se refiere en el sistema europeo de derechos humanos tanto a los casos de sanciones administrativas como a los casos de sanciones penales. Quedan abarcados también los supuestos de aplicación consecutiva de sanciones específicamente penales y administrativas, como fueron los primeros fallos que sobre esta garantía dictó la corte de Estrasburgo⁵⁰⁹. Esto no significa que deban considerarse comprendidas también las sanciones disciplinarias, pues estas últimas no solo carecen de alcance general sino que además fueron expresamente excluidas en el informe explicativo del Protocolo N° 7 a la Convención Europea⁵¹⁰.

Tampoco parecen quedar incluídas en la prohibición aquellas sanciones administrativas que se imponen luego de la condena penal pero que pueden ser vistas como una consecuencia necesaria de estas últimas y no como una pena diferente⁵¹¹. De todos modos, respecto de

⁵⁰⁸ Así en TEDH, caso *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 7 de junio de 2007, párr. 29 y 30; y de manera mucho más desarrollada en TEDH, Gran Cámara, caso *Zolotukhin v. Russia*, sentencia del 10 de febrero de 2009, párr. 52 a 57.

⁵⁰⁹ En efecto, véanse TEDH, caso *Gradinger v. Austria*, sentencia de 28 de septiembre de 1995; TEDH, caso *Oliveira v. Switzerland*, sentencia de 30 de julio de 1998. Aunque de todos modos esto tiene que ver también con el problema de si la prohibición se refiere a no volver a juzgar los mismos hechos o los mismos delitos que se tratará a continuación, ya que la norma propiamente penal y la norma que establece la infracción administrativa son distintas.

⁵¹⁰ Véase en efecto: COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report on Protocol N° 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Estrasburgo, 1985, párr. 32, donde se lee: "Article 4, since it only applies to trial and conviction of a person in criminal proceedings, does not prevent him from being made subject, for the same act, to action of a different character (for example, disciplinary action in the case of an official) as well as to criminal proceedings."

⁵¹¹ Ver en este sentido TEDH, caso *Maszni v. Rumania*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 68 a 70. Aquí se discutía el caso de un sujeto que, frente a un control de tránsito de rutina, presentó un permiso de circulación falsificado. Esto implicó una condena penal como instigador a la falsedad documental cometida por

este último supuesto, falta desarrollo en la doctrina del Tribunal Europeo, pues si ambas consecuencias se imponen en procedimientos diferenciados la cuestión plantea también dificultades desde la perspectiva del *ne bis in idem* procesal⁵¹².

5) ¿HECHOS O DELITOS?

Otro aspecto que ha sido discutido sobre el alcance del *ne bis in idem* en el ámbito europeo es la determinación de si la artículo 4 del Protocolo N° 7 se refiere a que no se puede penar o procesar dos veces por un mismo “hecho” (es decir mirando a la conducta efectivamente realizada por el imputado) o si la prohibición se refiere más bien al mismo “delito” (es decir atendiendo a la calificación legal, o a las calificaciones legales, que quepa atribuir al obrar de las personas).

El texto de la Convención nos habla, en su versión inglesa, de “*offence*”, y en su versión francesa de “*infraction*”. La interpretación que el Tribunal Europeo ha hecho de esas palabras ha sido más bien oscilante, como se verá a continuación.

a) **Los primeros precedentes: *Gradinger vs. Olivera***

El primer fallo relativo a este tema en la corte de Estrasburgo fue el caso *Gradinger*. Allí se planteó la situación de una persona que había recibido una sanción penal por homicidio imprudente, descar-

un funcionario policial y como autor del uso de un documento falso. Posteriormente se impuso también una sanción administrativa de anulación del permiso para conducir en razón, precisamente, de lo decidido en sede penal.

El Tribunal Europeo consideró en su sentencia que la anulación del permiso era una consecuencia directa y previsible de la condena penal.

⁵¹² *Idem*, párr. 69. En el fallo citado en la nota previa, el Tribunal Europeo se abstiene de realizar una valoración desde esta perspectiva, limitándose a afirmar que el hecho de que el legislador dispusiera la aplicación por separado de la anulación del permiso y la pena principal dispuesta por el juez penal no modifica su carácter accesorio.

tándose expresamente la aplicación de la agravante por conducción en estado de ebriedad que establece la ley austríaca y que aparecía en la acusación, y posteriormente una sanción administrativa por conducción en estado de ebriedad que hasta cierto punto contradecía la sentencia penal. En tal circunstancia el Tribunal Europeo se inclinó claramente por priorizar el aspecto fáctico, y afirmó que como las dos sanciones aplicadas en el orden local por el tribunal penal y luego por el administrativo se referían a la misma conducta, ello constituía una infracción a la garantía en estudio⁵¹³.

Más aún, en ese mismo fallo, el Tribunal Europeo sostuvo que la identidad de hechos hacía aplicable la garantía aun cuando la naturaleza y el propósito de la norma penal y de la norma administrativa aplicadas en el orden local no coincidían⁵¹⁴. Con ello queda de manifiesto no solo que la garantía se consideró aplicable cuando hubiera identidad de hechos y no identidad de delitos, sino también que esa identidad de hechos haría operar también la prohibición aun cuando no hubiese plena identidad de fundamentos. De todos modos esto no quiere decir que se esté necesariamente quitando toda relevancia a la identidad de fundamentos como presupuesto para considerar aplicable la garantía, tal como se mencionara en el capítulo II. Se puede hipotizar más bien que los casos tradicionalmente considerados en algunos sistemas jurídicos como de falta de identidad de fundamento se ubican entre aquellos en los que, según la corte de Estrasburgo, una de las

⁵¹³ El Tribunal Europeo sostuvo en dicha sentencia lo siguiente: “. . . the offence provided for in section 5 of the Road Traffic Act represents only one aspect of the offence punished under Article 81 para. 2 of the Criminal Code. Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4).” TEDH, caso *Gradinger* ya citado, párr. 55.

⁵¹⁴ En efecto, en la misma sentencia y párrafo citados en la nota precedente se lee: “The Court is fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose.”

sanciones no puede siquiera ser entendida como “materia penal” conforme los criterios ya explicitados anteriormente⁵¹⁵.

Esa primera interpretación resultó posteriormente muy relativizada, sino contradicha, en el caso *Oliveira*. Allí concretamente el Tribunal Europeo tuvo que resolver si resultaba compatible con la garantía el hecho de que una persona hubiese sido condenada en primer término por un tribunal administrativo por no haber podido controlar su automóvil al no adaptar su velocidad a las condiciones del camino, y posteriormente por un tribunal criminal por el delito de lesiones culposas⁵¹⁶. La conducta era exactamente la misma en ambos tribunales locales, pues las lesiones se habían originado precisamente en la pérdida de control del vehículo, y no se dio ninguna contradicción en la interpretación de los hechos que habían realizado los jueces locales. En este caso el Tribunal Europeo afirmó que la situación planteada constituía en realidad un concurso ideal de delitos, definiendo por tal el supuesto en que una única acción constituye dos delitos distintos. A partir de ello expresó que en tanto el art. 4 del Protocolo N° 7 prohíbe que la persona sea penada dos veces por el “mismo delito”, la situación de que un hecho constituya “dos delitos” distintos no constituye una infracción de la garantía⁵¹⁷. En otras palabras, se enfatizó el aspec-

⁵¹⁵ Un ejemplo tradicional de doble punición legítima por existir fundamentos diferentes es el del funcionario público que sustrae fondos del erario por lo cual es sancionado con su destitución en un procedimiento disciplinario, y luego es perseguido y castigado penalmente por ese mismo hecho. La solución a ese caso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo vendría dada por el concepto de “materia criminal” que antes se ha explicado. En la medida que la destitución de funcionarios no es una sanción dirigida a toda persona sino a un grupo específico de sujetos vinculados con el Estado, no resultan aplicables en general las garantías específicamente penales del procedimiento equitativo, y por tanto tampoco el *ne bis in idem*.

⁵¹⁶ TEDH, caso *Oliveira* ya citado, párr. 25.

⁵¹⁷ *Idem*, párr. 26 en el que se lee: “That is a typical example of a single act constituting various offences (*concurso idéal d’infractions*). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one.

There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence where-

to normativo y se desdibujó el aspecto fáctico restringiéndose el alcance del *ne bis in idem*, pero de un modo que el texto del protocolo parecía autorizar.

Es difícil explicar semejante cambio de criterio. A ese efecto, quizás convenga repasar las principales diferencias que es posible advertir entre los casos *Gradinger* y *Oliveira*. Entre ellas se destacan que en *Oliveira* la actuación del Tribunal criminal fue posterior, que además el juez penal consideró absorbida en la pena por él impuesta la sanción establecida previamente en sede administrativa y que la imposición de las dos sanciones por el mismo hecho no era lo habitual en el país denunciado sino que se debió a un error aislado en el procedimiento administrativo. Además en *Gradinger* el juez administrativo que había actuado en segundo término había impuesto su sanción por conducción en estado de ebriedad cuando el juez penal había entendido que no había elementos suficientes para aplicar esa agravante.

Sin dudas las diferencias apuntadas llaman la atención. Por un lado la posibilidad de que un juez administrativo aplique una sanción por un hecho expresamente descartado en una sentencia penal previa parece contrario a la garantía en estudio de modo más claro que los casos donde no existe contradicción, y en lo que, además, la sanción penal absorbe a la administrativa. Por otro lado, la posibilidad, planteada en *Oliveira* de que una intervención equivocada de un juez administrativo bloquee definitivamente la jurisdicción criminal resulta cuando menos problemática⁵¹⁸. Pero ello implicó de todos modos una reducción importante de los alcances del *ne bis in idem*, pues llevó a reemplazar la exigencia de identidad de hechos por una mera identidad de infracciones.

Parecería que cuando la sanción administrativa es efectivamente absorbida por la penal, es más difícil sostener que el hecho se está

as in cases concerning a single act constituting various offences (*concours idéal d'infractions*) one criminal act constitutes two separate offences.”

⁵¹⁸ Este mismo problema se planteó en el ordenamiento interno español, como se advierte en las sentencias STC 177/99 y en el plenario STC 3/03 del Tribunal Constitucional de ese país.

“penando” dos veces⁵¹⁹. Esto llevaría a estudiar la cuestión exclusivamente en el plano del *ne bis in idem* procedimental, no ya en relación con el riesgo de ser penado sino en relación con otros riesgos para la persona inherentes al proceso mismo. De este modo habría que verificar si el procedimiento penal que se realiza en segundo lugar puede realmente ser entendido como una duplicación relevante del riesgo en función de la cantidad e intensidad de las restricciones a las que la persona pudo verse sometida durante el procedimiento previo. De todos modos, el Tribunal Europeo no se ha mostrado dispuesto a realizar distinciones tan específicas sobre los riesgos. Así, en el caso *Franz Fischer*, posterior a los dos que se vienen comentando, afirmó expresamente que el orden en que se impongan las sanciones administrativa y penal carece de relevancia a efectos de determinar si se violó la garantía⁵²⁰, y luego en otras decisiones llegó a decir inclusive que los supuestos de descuento o absorción de pena implican de todos modos la vulneración del *ne bis in idem* procesal⁵²¹. Lo resuelto en el caso *Fischer* marca el siguiente escalón en la doctrina del Tribunal Europeo

⁵¹⁹ La reelevancia de esta diferencia entre los casos *Gradinger y Oliveira* fue expresamente recogida en el caso *Nikitin* ya citado, en cuyo párr. 35 se lee: “The Court further notes that the repetitive aspect of trial or punishment is central to the legal problem addressed by Article 4 of Protocol No. 7. In *Oliveira v. Switzerland* (. . .) the fact that the penalties in the two sets of proceedings were not cumulative was relevant to the finding that there was no violation of the provision where two sets of proceedings were brought in respect of a single act.”

⁵²⁰ Véase TEDH, caso *Franz Fischer v. Austria*, sentencia de 29 de mayo de 2001, párr. 29, donde se afirma: “. . . the question whether or not the *non bis in idem* principle is violated concerns the relationship between the two offences at issue and can, therefore, not depend on the order in which the respective proceedings are conducted.”

⁵²¹ Véase en efecto TEDH, caso *Maresti v. Croatia*, sentencia de 25 de junio de 2009, párr. 65, donde se lee: “The deduction of the forty days’ imprisonment imposed by the Minor-Offences Court from the one-year sentence imposed by the Municipal Court does not alter the fact that the applicant was tried twice for the same offence.” Nótese entonces que aunque no pueda decirse que el sujeto fue condenado dos veces, cuando en el segundo proceso se disponga la absorción o el descuento de la pena impuesta en el primero de todos modos se puede afirmar que el sujeto fue juzgado (*tried*) dos veces.

sobre identidad de hechos, y por eso este precedente será abordado más extensamente a continuación.

b) La posterior evolución: De *Fischer* a *Zolotukhin*

Más allá de los problemas concretos que pudieron haber motivado las diferencias en la solución de los casos *Gradinger* y *Oliveira* del Tribunal Europeo, lo cierto es que las posturas asumidas en esas sentencias resultaban incompatibles, y ello fue percibido con claridad en el único voto disidente del último de esos dos fallos⁵²². No obstante, el Tribunal europeo se empeñó en algunas decisiones posteriores en tratar de salvar la compatibilidad de ambos precedentes aunque aceptando a la vez que resultaban en alguna medida contradictorios. Así, en el caso *Fischer* antes mencionado la Corte de Estrasburgo volvió a recibir un planteo vinculado con el alcance del *ne bis in idem*. Los hechos de este caso eran muy similares a los de *Gradinger*, y se trataba además del mismo Estado: Austria. Concretamente, una persona fue condenada por conducir en estado de ebriedad en sede administrativa y luego recibió una sanción penal por homicidio imprudente agravado por conducción en estado de ebriedad. Esta vez no había existido contradicción entre ambos tribunales. Tampoco se había absorbido la sanción administrativa en la pena impuesta por la jurisdicción criminal, aunque una conmutación de la pena criminal había producido efectos similares. Al plantearse la cuestión ante el Tribunal Europeo, el Estado austríaco intentó evitar ser condenado por violación al *ne bis in idem* precisamente sobre la base de lo resuelto en *Oliveira*. Sin embargo la corte de Estrasburgo rechazó este punto de vista.

En definitiva en *Fischer*, el Tribunal Europeo mantuvo la afirmación de que el art. 4 del Protocolo N° 7 de la Convención Europea se refiere a delitos y no a hechos. Sin embargo, a diferencia de *Oliveira* se agregó un control adicional de los elementos que constitu-

⁵²² *Idem*, voto en disidencia del juez Repik.

yen cada delito al modo del test estadounidense de la “misma evidencia”. Ello es así pues se sostuvo que aunque nominalmente un hecho quepa bajo dos calificaciones legales diferentes, es posible que una de ellas abarque toda la ilicitud de la otra y por tanto sea innecesario perseguir penalmente ambas. En síntesis el Tribunal Europeo afirmó en *Fischer* que cuando se trata de la persecución penal sucesiva de dos delitos derivados del mismo hecho, corresponde examinar si los delitos en cuestión tienen o no los mismos elementos esenciales. Si así fuera se estaría vulnerando el *ne bis in idem*.⁵²³ A partir de este análisis se condenó al Estado por violación de la garantía pues parece haberse entendido que el homicidio imprudente agravado por conducir en estado de ebriedad contiene todos los elementos de la conducción en estado de ebriedad. Además se afirmó en *Fischer* que en el caso *Oliveira* solo se daba una mínima superposición entre los elementos de las figuras involucradas y que eso permitía explicar que ser resolviera en forma diferente del caso *Gradinger*.⁵²⁴

⁵²³ Para cotejar lo dicho, véase TEDH, caso *Franz Fischer* ya citado, párr. 25, donde se lee: “The Court observes that the wording of Article 4 of Protocol No. 7 does not refer to “the same offence” but rather to trial and punishment “again” for an offence for which the applicant has already been finally acquitted or convicted. Thus, while it is true that the mere fact that a single act constitutes more than one offence is not contrary to this Article, the Court must not limit itself to finding that an applicant was, on the basis of one act, tried or punished for nominally different offences. The Court, like the Austrian Constitutional Court, notes that there are cases where one act, at first sight, appears to constitute more than one offence, whereas a closer examination shows that only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the others (see paragraph 14 above). An obvious example would be an act which constitutes two offences, one of which contains precisely the same elements as the other plus an additional one. There may be other cases where the offences only slightly overlap. Thus, where different offences based on one act are prosecuted consecutively, one after the final decision of the other, the Court has to examine whether or not such offences have the same essential elements.”

⁵²⁴ *Idem*, párr. 26, donde se lee: “It can also be argued that this is what distinguishes the *Gradinger* case from the *Oliveira* case. In the *Gradinger* case the essential elements of the administrative offence of drunken driving did not differ from those constituting the special circumstances of Article 81 § 2 of the Criminal Code, namely driving a vehicle while having a blood alcohol level of 0.8 grams per litre or

A partir del fallo *Fischer*, el Tribunal Europeo utilizó el test de los elementos esenciales en diversos precedentes, ya sea para afirmar que se había violado la garantía como para negarlo, de manera no del todo consistente⁵²⁵. La cuestión siguió siendo entonces problemática, y la Gran Sala del Tribunal la retomó con pretensiones de resolverla definitivamente en el caso *Zolotukhin*⁵²⁶. Allí se discutió la situación de un soldado ruso, condenado tanto administrativa como penalmente por los hechos que a continuación se relatan.

El 4 de enero de 2002 el Sr. Zolotukhin fue llevado a una estación de policía a efectos de averiguar cómo se las había ingeniado para hacer ingresar a su novia a una zona militar restringida. No consta que se produjeran acusaciones contra él o contra ella por ese ingreso. Una vez en la seccional el requirente, que parecía estar ebrio, comenzó a insultar a una empleada y a un funcionario. Después de que se le realizaran advertencias sobre su actitud, Zolotukhin habría empujado a ese mismo funcionario e intentado escapar. Los policías consideraron entonces que esta conducta constituía el ilícito administrativo de desórdenes leves, y por ello el requirente fue conducido ante el jefe de la estación de policía, quien redactó un informe al respecto. Mientras ello ocurría, Zolotukhin insultó y amenazó también al jefe de la seccional.

De este modo, se decidió trasladarlo a la sede regional de la policía, acompañado por el mismo jefe de la seccional en persona. Durante el trayecto, Zolotukhin siguió insultándolo, además de escupirlo y amenazarlo de muerte por haber iniciado el procedimiento administrativo.

more. However, there was no such obvious overlap of the essential elements of the offences at issue in the Oliveira case.” De todos modos es discutible que las diferencias entre ambos casos fueran tan determinantes como pretende el Tribunal.

⁵²⁵ Ver entre otros TEDH, caso *Manasson v. Suecia*, sentencia de 8 de abril de 2003; TEDH, caso *Bachmaier v. Austria*, sentencia de 2 de septiembre de 2004; TEDH, caso *Rosenquist v. Suecia*, sentencia de 14 de septiembre de 2004; TEDH, caso *Hauser-Sporn v. Austria*, sentencia de 7 de diciembre de 2006; TEDH, caso *Schutte v. Austria*, sentencia de 26 julio de 2007; TEDH, caso *Garretta v. Francia*, sentencia de 4 de marzo de 2008.

⁵²⁶ TEDH, Gran Sala, caso *Zolotukhin v. Russia*, sentencia del 10 de febrero de 2009.

El requirente resultó entonces condenado por la justicia rusa como autor de la infracción administrativa ya mencionada, tomando como base fáctica el insultar en público y desatender las advertencias que se le dirigieran. Pero los hechos descriptos en el párrafo previo dieron también lugar a una causa penal, en la cual se le imputaron a Zolotukhin tres delitos distintos. El primer delito estaba vinculado igualmente con los incidentes que protagonizara apenas llegado a la estación de policía. Sin embargo fue absuelto de ese cargo por falta de pruebas. En cambio resultó condenado por el delito relativo a los insultos que dirigió al jefe de la seccional de policía mientras éste redactaba el informe, y por las amenazas de muerte que profiriera posteriormente contra el mismo sujeto estando a bordo del vehículo.

En el caso *Zolotukhin*, al comenzar su propio análisis del tema de la identidad de hechos, el Tribunal Europeo reconoció que la doctrina de *Grandinger*, la de *Oliveira* y la de *Fischer*, constituían en realidad tres aproximaciones distintas a la cuestión, y que en buena medida tales aproximaciones eran incompatibles entre si con lo cual se generaba mucha incertidumbre acerca de los reales alcances de la garantía⁵²⁷.

De este modo, y luego de hacer un repaso en punto a cómo es regulada la cuestión en diversos instrumentos internacionales, el Tribunal Europeo expresó que a partir de una interpretación y evolutiva y dinámica de la garantía⁵²⁸, que permita su aplicación práctica y efecti-

⁵²⁷ *Idem*. Ver en especial párr. 70 a 73 donde se describen las tres aproximaciones y se las define como tales. Además en el párr. 78, el Tribunal reconoce la incertidumbre que la coexistencia de esos enfoques diversos generaba, afirmando lo siguiente: “The Court considers that the existence of a variety of approaches to ascertaining whether the offence for which an applicant has been prosecuted is indeed the same as the one of which he or she was already finally convicted or acquitted engenders legal uncertainty incompatible with a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence. It is against this background that the Court is now called upon to provide a harmonised interpretation of the notion of the ‘same offence’ – the *idem* element of the *non bis in idem* principle – for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7.”

⁵²⁸ *Idem*, párr. 78.

va, sin tornarla puramente teórica o ilusoria⁵²⁹, se hacía necesario afirmar que el artículo 4 del Protocolo n° 7 debe ser entendido como prohibiendo también la persecución o el sometimiento a juicio por un segundo “delito”, en la medida en que éste surja de “hechos idénticos” o de “hechos que son sustancialmente los mismos” en comparación con la primera persecución⁵³⁰. Expresó asimismo el Tribunal que la interpretación que pone el énfasis en la caracterización legal de los hechos es demasiado restrictiva de los derechos del individuo y podría llegar a debilitar la garantía en lugar de hacerla efectiva⁵³¹. Finalmente, especificó que el análisis, a la hora de establecer si se configura este supuesto de la garantía en estudio, debe centrarse en aquellos hechos que constituyen un conjunto de circunstancias fácticas referidas al mismo imputado e inseparablemente unidas en tiempo y espacio⁵³².

Al aplicar este estándar a los hechos concretos del caso *Zolotukhin*, el Tribunal Europeo afirmó que los tres tramos de la conducta desplegada por el requirente al ingresar en la estación de policía, al ser llevado a la oficina del jefe de la estación, y mientras era trasladado en el vehículo a la sede regional, no estaban unidos espacial y temporalmente, y por lo tanto consideró que la identidad de hechos quedaba

⁵²⁹ *Idem*, párr. 80, donde se hace referencia también al principio de efectividad y a la interpretación conforme al objeto y al fin del Convenio.

⁵³⁰ *Idem*, párr. 82, donde se lee: “Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second ‘offence’ in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.”

⁵³¹ *Idem*, párr. 81, donde se lee: “The Court further notes that the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention.”

⁵³² *Idem*, párr. 84, donde se lee: “The Court’s inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings.”

ceñida a la imputación en sede administrativa y al primero de los cargos que se le formularan en sede penal únicamente, sin alcanzar a los dos restantes⁵³³. Seguidamente, para desarrollar sus afirmaciones en punto a que existía identidad de hechos entre la imputación administrativa y el primero de los cargos penales, el Tribunal Europeo comparó los alcances de la infracción administrativa y del tipo penal en juego, sosteniendo que, a pesar de algunas diferencias, contenían los mismos elementos esenciales. Es decir que se utilizó primero un enfoque puramente fáctico, pero luego efectuó una ulterior revisión comparando los elementos de las infracciones. Esto último constituye una nota discordante en la noción de identidad de hechos que el Tribunal Europeo afirma sostener en este mismo precedente.

c) Síntesis crítica

En resumen, en el estado actual de la jurisprudencia europea de Derechos Humanos sobre el *ne bis in idem* parecería que la garantía veda el doble enjuiciamiento y la doble sanción por un mismo “hecho”. Ello implica que, por vía de interpretación, se le ha atribuido a la prohibición un alcance algo diferente del que prevé el texto legal que habla de “delito”. En principio esto significa darle una mayor amplitud al *ne bis in idem.*, y esa fue claramente la intención del Tribunal Europeo al revisar su jurisprudencia anterior sobre la cuestión en el caso *Zolotukhin*. Sin embargo, si se mira la aplicación concreta de la noción de identidad de hechos en ese mismo caso, surgen ciertas dudas en punto a si el enfoque no estuvo excesivamente anclado en lo

⁵³³ *Idem*, párr. 92 a 94. Es interesante destacar en particular el párr. 92, donde el Tribunal afirma que si bien en esencia la conducta del requirente fue sustancialmente similar durante el día de los hechos, en tanto continuó comportándose en forma verbalmente abusiva hacia varios funcionarios, ello no constituyó de todos modos un acto continuo sino más bien diferentes manifestaciones de la misma conducta realizada en distintas ocasiones.

Por lo demás, resulta bastante claro que tanto la sanción administrativa como el primero de los cargos formulados en sede penal se referían ambos a los incidentes que Zolotukhin protagonizara apenas llegado a la estación policial.

fáctico, interpretando como infracciones separadas conductas que no estaban tan claramente escindidas. En efecto, el modo en que el Tribunal Europeo aceptó sin más el seccionamiento del hecho en tres episodios diferentes (tal como lo habían interpretado las autoridades rusas) genera importantes dudas. En particular, el que los jueces locales tomaran como dos conductas distintas los insultos y amenazas que el requirente dirigiera al jefe policial en su despacho y luego en el automóvil, requería quizás de un análisis más exhaustivo por parte de la corte de Estrasburgo.

También resulta discutible que el Tribunal, luego de concluir que el hecho que mereciera la sanción administrativa y la absolución en sede penal era el mismo, procediera a un ulterior análisis comparativo de los elementos de las normas en juego. Ello parece hasta cierto punto contradictorio. Quizás el problema pase por no reconocer que la cuestión de la identidad de hechos requiere siempre de un enfoque que sea a la vez normativo y fáctico, exponiendo con claridad cómo se deben articular los criterios de uno y otro tenor⁵³⁴. Sigue faltando entonces algo de claridad en la doctrina del Tribunal Europeo, si bien se puede sostener que se ha consolidado la tendencia a afirmar que el punto de partida son los hechos, para luego realizar sobre esa base una comparación de los elementos de las imputaciones realizadas sucesivamente y de las normas en juego en cada una de ellas⁵³⁵.

⁵³⁴ Tal es la propuesta que se ha sugerido en el Capítulo II de este trabajo. Ver en particular punto B)2), apartados c) a f).

⁵³⁵ En efecto, ese modo de aplicar la garantía se ha mantenido luego del caso *Zolotukhin*. Véanse entre otros TEDH, caso *Ruotsalainen v. Finland*, sentencia de 16 de junio de 2009, párr. 48 a 57; y TEDH, caso *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria (n°2)*, sentencia de 14 de enero de 2010, párr. 51 y 52. En ambos precedentes el Tribunal cita expresamente la doctrina de *Zolotukhin* sobre la identidad de hechos como punto de partida, para luego efectuar una comparación de elementos esenciales. Pero en esa comparación en ambos fallos se advierte cierta confusión de planos, pues se comparan tanto los elementos de las imputaciones o los cargos presentados en los procesos sucesivos, como los elementos de los delitos.

Entonces, si se constata la existencia de varios delitos derivados de un hecho único, ya no sería posible la persecución y sanción autónoma de cada uno de ellos.

La doctrina anteriormente vigente de los casos *Oliveira* y *Fischer* merecía, por lo demás, bastantes reparos. Hasta cierto punto el problema del *ne bis in idem* se contemplaba en ellos desde la necesidad político criminal del Estado de iniciar persecuciones penales autónomas o de penar por separado. Pero aún cuando ese marco de análisis fuera correcto, las diferencias entre los casos de concurso ideal y los de concurso aparente no son siempre tan relevantes como para justificar que se trazara precisamente allí el límite entre una duplicación legítima y una ilegítima. Además, en la medida que esa diferencia entre los diversos casos no sea tal que justifique hablar de falta de identidad de fundamentos, ese no parece un marco de análisis especialmente adecuado para el estudio de esta garantía, pues la consideración del *ne bis in idem* con las garantías del proceso equitativo debería llevar a compatibilizar las necesidades de persecución penal con las de protección de la persona sometida a proceso.

Por otra parte, caben también algunas consideraciones adicionales acerca del modo en que se interpretaron los hechos concretos y su significación normativa en los primeros casos sobre *ne bis in idem* sometidos al Tribunal Europeo. En primer lugar, si se quiere ser coherente con un enfoque que tome en consideración los elementos de las figuras como dato relevante, no se puede soslayar que si bien un homicidio imprudente calificado por conducción en estado de ebriedad contiene toda la ilicitud de la simple conducción en estado de ebriedad, ciertamente esta última figura no contiene más que una mínima parte de la ilicitud de la primera.

La cuestión planteada en el párrafo previo merece alguna consideración adicional tanto desde la perspectiva del descuento de pena, como desde la del *ne bis in idem* procesal. En la medida que la persecución realizada en segundo término esté orientada únicamente a imponer la diferencia de pena (o bien declare absorbida la pena anterior más leve) es discutible que se esté ante una vulneración del *ne bis in*

idem sustantivo, pues éste se orienta a evitar una sanción desproporcionada. En cambio, es cierto que la duplicación de procesos constituiría una violación del *ne bis in idem* procesal o de la cosa juzgada. En tales supuestos la conclusión a la que llega el Tribunal Europeo resulta plenamente compartible. Por ejemplo, sería inaceptable que la persona ya condenada por homicidio debiera soportar un nuevo proceso, o bien la reapertura del anterior ya concluido, para imponerle la pena del homicidio agravado. Sin embargo, todavía cabría plantear alguna duda si se persigue primero la infracción administrativa y luego el delito. En estos supuestos, resulta menos claro que la realización posterior de la persecución estrictamente penal implique una duplicación de los males del proceso incompatible con el respeto debido a la dignidad de la persona. Si bien semejante conclusión puede podría ser fundamentada de manera plausible, merecería quizás un mayor desarrollo en la doctrina del Tribunal Europeo.

De todos modos este aspecto de la doctrina jurisprudencial establecida en el caso *Fischer* se ha consolidado en fallos posteriores del mismo Tribunal⁵³⁶, por lo que se puede afirmar que no existe ningún tipo de prevalencia de la jurisdicción penal por sobre la administrativa sino que la actuación de cualquiera de ellas en primer término vedaría la intervención de la otra⁵³⁷.

6) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “SENTENCIA FINAL” A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA?

El texto en inglés de la norma en estudio nos habla, si se traduce literalmente, de que la garantía se aplica a quien ha sido “finalmente absuelto o condenado de acuerdo con la ley o el procedimiento penal de ese Estado”. La traducción literal del texto en francés agrega a este respecto un poco más de claridad, pues habla de la aplicación de

⁵³⁶ En efecto véase TEDH, caso *Sailer c. Austria*, sentencia de 6 de junio de 2002, párr. 22 a 28, y TEDH caso *W.F. c. Austria*, sentencia de 30 de mayo de 2002, párr. 22 a 28.

⁵³⁷ En igual sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ob. cit., pág. 33.

la garantía a quien hubiese sido “absuelto o condenado por sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”. Con ello queda de manifiesto que se requiere, para que la garantía opere, una sentencia definitiva. Pero resta saber qué se entiende por tal en el sistema europeo de derechos humanos.

En primer término, es claro que hay un reenvío del texto convencional a la legislación de cada país. Con lo cual parecería que aquello que de acuerdo a la legislación interna se considere sentencia definitiva hará operativa la garantía en el orden internacional.

De todos modos, el Tribunal Europeo no ha renunciado por completo a una caracterización general de lo que debe entenderse por “sentencia definitiva”, y ha recurrido para ello a la exposición de motivos del art. 4 del Protocolo N° 7, en la que se señalaba que una sentencia definitiva es aquella decisión que adquiere fuerza de “cosa juzgada”, y que esto último ocurre cuando es irrevocable, es decir cuando ya no se dispone de recursos ordinarios, o cuando cuando las partes han agotado esos recursos o han dejado expirar el plazo para interponerlos⁵³⁸.

Esa referencia a “recursos ordinarios” permite dudar acerca de si son compatibles con la garantía los recursos extraordinarios del Ministerio Público o el querellante particular, cuando como consecuencia de ellos una absolución pueda ser anulada y originar un nuevo juicio. Si bien el texto del Protocolo no hace ninguna referencia a recursos ordinarios u extraordinarios sino una genérica remisión a la ley de cada país, el Tribunal Europeo ha considerado relevante la distinción. A partir de allí ha afirmado que, si bien ante la existencia de recursos ex-

⁵³⁸ TEDH, caso *Nikitin* ya citado, párr. 37, donde se lee: “According to the explanatory report to Protocol No. 7, which itself refers back to the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, a “decision is final ‘if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them’ ”.

Esta doctrina ha sido mantenida con cita expresa a *Nikitin* en TEDH, Gran Sala, caso *Zolotukhin* ya citado, párr. 107-109.

traordinarios podría pensarse que una resolución no adquiere firmeza hasta tanto termine el plazo para interponerlos o hasta que se acabe el trámite de ellos, lo cierto es que en la medida que tales recursos constituyan una forma de apelación no directamente accesible al acusado en un caso penal y su aplicación dependa de la pura discreción de las autoridades, y en tanto tales recursos creen dudas en punto a la certeza jurídica que cabe atribuir a la sentencia del tribunal del juicio, cabe considerar a específicamente a ésta como sentencia definitiva⁵³⁹.

Conforme lo expuesto puede afirmarse que en la doctrina del Tribunal Europeo los recursos extraordinarios cuya consecuencia sea producir la anulación de una sentencia absolutoria entran, en principio, en el ámbito de aplicación de la garantía en estudio, y la única razón por la que de todos modos no llegan a constituir una vulneración de ella es por las amplias excepciones que el *ne bis in idem* admite en el sistema europeo, en el inciso 2 del art. 4 del Protocolo N° 7. En

⁵³⁹ Es cierto que el Tribunal Europeo no ha formulado estos criterios estrictamente como una interpretación general, sino que ha expresado esas conclusiones en concreta relación con el derecho ruso, por la posibilidad que este ofrece de que el Procurador general interponga un recurso especial para que las sentencias penales sean revisadas y eventualmente anuladas por el *Presidium*. De todos modos cabe entender las expresiones del Tribunal Europeo sobre esta cuestión son generalizables, en tanto ha valorado ese recurso del derecho ruso en el contexto general de los recursos extraordinarios que, en ese y otros países, no llegan a satisfacer por su carácter de tales las exigencias del derecho al recurso. Concretamente, el Tribunal Europeo ha expresado: “However, the Court reiterates that a supervisory request for annulment of a final judgment is a form of extraordinary appeal in that it is not directly accessible to the defendant in a criminal case, and its application depends on the discretion of authorised officials. The Court has, for example, not accepted that supervisory review is an effective domestic remedy in either the civil or the criminal contexts (see *Tumilovich v. Russia* (dec.), no. 47033/99, 22 June 1999, and *Berdzenishvili v. Russia* (dec.), no. 31697/03, ECHR 2004-II), and it has found that the quashing of a judgment on supervisory review can create problems as to the legal certainty to be afforded to the initial judgment (see *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 62, ECHR 1999-VII, and *Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, §§ 56-58, ECHR 2003-IX). The Court will therefore assume in the following paragraphs that the appeal judgment of 17 April 2000, by which the applicant’s acquittal became final on that same date, was the “final decision” for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7.” TEDH, caso *Nikitin* ya citado, párr. 39.

otras palabras los recursos extraordinarios son tomados por el Tribunal Europeo como un caso especial de revisión de la sentencia definitiva que la norma en cuestión autoriza⁵⁴⁰.

- 7) ¿PROHIBICIÓN DE SER JUZGADO DOS VECES, PROHIBICIÓN DE SER SOMETIDO A PROCESO DOS VECES O PROHIBICIÓN DE QUE EXISTA LA POSIBILIDAD DE SER JUZGADO DOS VECES?

En estrecha conexión con el acápite anterior, la referencia contenida en la norma analizada a una “absolución o condena final” podría generar algunas dudas en punto a si las decisiones que ponen fin al proceso antes de que éste llegue propiamente a una “condena o una absolución tienen virtualidad suficiente como para tornar aplicable la garantía. Por ejemplo en el derecho estadounidense se trata de distinguir el momento procesal a partir del cual la garantía se “fija” o, mejor dicho, se torna operativa⁵⁴¹. A partir de ese momento resulta ya

⁵⁴⁰ TEDH, caso *Nikitin* ya citado, párr. 46, donde se lee: “The Court notes that the Russian legislation in force at the material time permitted a criminal case in which a final decision had been given to be reopened on the grounds of new or newly discovered evidence or a fundamental defect (Articles 384-90 of the Code of Criminal Procedure). This procedure obviously falls within the scope of Article 4 § 2 of Protocol No. 7. However, the Court notes that, in addition, a system also existed which allowed the review of a case on the grounds of a judicial error concerning points of law and procedure (supervisory review, which is governed by Articles 371-83 of the Code of Criminal Procedure). The subject matter of such proceedings remained the same criminal charge and the validity of its previous determination. If the request was granted and the proceedings were resumed for further consideration, the ultimate effect of supervisory review would be to annul all decisions previously taken by courts and to determine the criminal charge in a new decision. To this extent, the effect of supervisory review is the same as reopening, because both constitute a form of continuation of the previous proceedings. The Court therefore concludes that for the purposes of the *non bis in idem* principle supervisory review may be regarded as a special type of reopening falling within the scope of Article 4 § 2 of Protocol No. 7.”

⁵⁴¹ Véase MOSKOVITZ, Myron, *Cases and problems in criminal procedure*, fourth edition, Lexis Nexis, Newark, 2004, págs. 666 a 676. También UNVILLER, H. Richard, *The processes of criminal justice: Investigation and adjudication*, second edition, West Publishing, St. Paul, Minesotta, 1979, págs. 805 a 832.

inaceptable tanto la iniciación de un nuevo procedimiento como la realización de cualquier acto procesal (por ejemplo la apelación del fiscal) cuya consecuencia pueda llegar a ser la realización de un nuevo juicio. Esto último, como ya se vio, no está vedado en el sistema europeo por cuanto los avatares de un único procedimiento (recursos, anulaciones, reaperturas) se admiten ya sea por que no hay propiamente sentencia firme, o bien porque constituyen un supuesto de reapertura admitido por la excepción contenida en el párrafo 2 del art. 4. Sin embargo, insistir en la idea de que la garantía comienza a operar a partir de un momento procesal determinado, podría implicar que si un proceso concluye antes de ese momento su existencia no pueda ser invocada para vedar el enjuiciamiento posterior de la misma persona por los mismos hechos y fundamentos. Considérese el siguiente ejemplo: ¿Cabe considerar un sobreseimiento dictado durante la etapa de investigación preliminar como “absolución por sentencia firme” en el sentido del art. 4 del Protocolo N° 7 de la Convención Europea? Una primera respuesta acorde con el texto del Protocolo y su interpretación por la corte de Estrasburgo en los casos analizados en el acápite previo es que en este aspecto la referencia a “la ley de cada país” puede tener mayor relevancia. Desde esta perspectiva, toda decisión jurisdiccional que clausure el proceso que llegue a adquirir fuerza de cosa juzgada tornaría operativa la garantía, independientemente del estadio del proceso en que se dicte. Más dudoso parece en cambio el alcance de las decisiones tomadas exclusivamente en la órbita del Ministerio Público⁵⁴².

Por otra parte, el texto en francés comienza diciendo: “*Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement . . .*” Eso significa literalmente: “Nadie puede ser perseguido o castigado penalmente . . .” Lo que sigue en el texto permite por supuesto entender que se trata de la

⁵⁴² No obstante, en el ámbito de la Unión Europea, más precisamente en la interpretación del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas parece ir en esa dirección. Ver en este sentido capítulo VII, punto A.6.

prohibición de un segundo proceso o una segunda pena y no una prohibición genérica de utilizar el poder penal.

El texto en inglés comienza diciendo: “*No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings . . .*” Eso literalmente significa: “Nadie estará sujeto a ser juzgado o castigado nuevamente en procedimientos criminales . . .”

El texto en francés sugiere entonces que la garantía se verá vulnerada cuando comience efectivamente el nuevo proceso criminal o cuando se imponga la nueva sanción penal por un mismo delito. Interesa recalcar ese primer giro del texto francés: no se prohíbe únicamente el nuevo “juicio penal”, que en muchos ordenamientos no es más que una etapa específica dentro de un proceso penal más extenso, sino que lo prohibido es la segunda “persecución penal”, lo que puede entenderse como “el nuevo proceso”.

El texto en inglés habla de que la garantía se habrá visto vulnerada cuando surja la mera posibilidad de que la persona sea sometida a un nuevo juicio o castigo criminal. Esto puede interpretarse como que lo prohibido es la mera iniciación de un proceso en la etapa previa al juicio (con lo cual el alcance no sería muy distinto a la versión francesa).

Sin embargo existe una pequeña diferencia entre el texto oficial en francés y el texto oficial en inglés que permitiría, a partir de éste último, atribuirle a la garantía un alcance todavía mayor. En efecto, el texto en inglés antes transcrito puede todavía interpretarse en el sentido de que la garantía se aplica cuando la persona esté “sujeta” al riesgo de un nuevo juicio, aun cuando ni siquiera se haya iniciado el segundo proceso. La cuestión fue hasta cierto punto tomada en consideración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Nikitin* comentado en el acápite previo. Allí el Tribunal hizo una valoración por separado de estos dos aspectos de la garantía analizando en dos apartados diferentes si el requirente había sido “juzgado dos veces” y luego si había estado “sujeto a ser juzgado dos veces”. Pero, más importante aún para lo que aquí interesa, el Tribunal evaluó concretamente si el trámite de un recurso en contra de una sentencia abso-

lutoria quedaba abarcado por la garantía⁵⁴³. En otras palabras, se valoró dentro del ámbito de aplicación del *ne bis in idem* un supuesto de “riesgo” de nuevo “juicio” que era todavía anterior al inicio de un nuevo “proceso”. Esta cuestión está muy estrechamente vinculada a la noción de sentencia firme antes discutida. Si la sentencia firme es por ejemplo el fallo absolutorio dictado por el tribunal del juicio, pasa a ser muy importante establecer si el trámite posterior a ella como consecuencia del recurso de la acusación constituye o no un sometimiento al riesgo de un nuevo juicio incompatible con la garantía. Como quedara dicho en el acápite previo, el Tribunal Europeo consideró el recurso de la parte acusadora como algo que efectivamente entra en principio en la órbita del *ne bis in idem*, pero que a la postre constituye una excepción permitida.

A partir de lo dicho es posible sostener que en el sistema europeo de Derechos Humanos se adelanta la protección. Si la vertiente procesal del *ne bis in idem* implica la prohibición del doble riesgo de ser penado mediante la realización de un segundo proceso, podría afirmarse que para el Tribunal Europeo estaría también vedado cualquier acto que genere el riesgo de nuevo juicio. Se trataría de una suerte de prohibición del “peligro del peligro”. De todos modos no es posible establecer con precisión a partir del citado caso *Nikitin* en qué supuestos sería aplicable esta manifestación de la garantía. Sí se pueden extraer de allí algunas pautas genéricas. Por un lado, y como se dijo, quedan evidentemente excluidas las situaciones que impliquen el

⁵⁴³ TEDH, caso *Nikitin* ya citado, párr. 40-41 donde se discute la cuestión de si el requirente había sido juzgado dos veces, y párr. 42-49 donde se verifica si había estado sujeto a ser penado dos veces. Además, en el párr. 36 se anticipa esta estructura de análisis en los siguientes términos: “. . . the Court will first determine what elements, if any, of Article 4 of Protocol No. 7 are to be found in such proceedings. For this purpose, it will have regard to the following aspects:

(. . .)

- whether the applicant was “tried again” in the proceedings before the Presidium; and
- whether the applicant became “liable to be tried again” by virtue of the Procurator General’s request.”

riesgo de reapertura de un proceso ya concluido en los casos en que ello está expresamente permitido por el Protocolo como excepción. Por otra parte, también parecen quedar excluidos los peligros demasiado indirectos o remotos⁵⁴⁴. En resumidas cuentas, cuando por una decisión tomada por una autoridad de un Estado surja la posibilidad concreta y próxima de que una persona deba soportar un segundo proceso penal o el reinicio de uno ya concluido fuera de los casos expresamente autorizados, ya se podría haber visto vulnerada la garantía del *ne bis in idem* tal como ésta parece ser interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁴⁵.

No obstante lo dicho en el párrafo previo, el hecho de que la protección dispensada por la garantía sea tan amplia no quiere decir que el Tribunal Europeo esté dispuesto a declarar siempre y en todos los casos la existencia de una violación. Ello surge de la doctrina de los casos *Zigarella*⁵⁴⁶ y *Falkner*⁵⁴⁷, tal como ella fue interpretada posteriormente por la Gran Sala en *Zolotukhin*.⁵⁴⁸ En este último caso se sostuvo, con cita a los anteriores, que cuando se inician dos procedimientos contra la misma persona y por los mismos hechos en un mismo Estado, si las propias autoridades locales advierten la vulneración del *ne bis in idem*, y ofrecen una compensación apropiada por medio

⁵⁴⁴ *Idem*, párr. 43, donde se lee: “It appears therefore that the potential for resumption of proceedings in this case would have been too remote or indirect to constitute “liability” for the purposes of Article 4 § 1 of Protocol No. 7.” Es cierto que este párrafo se refiere todavía a la posibilidad de reapertura, aspecto que de todos modos (y como ya se ha expresado) es excluido luego en este mismo fallo (párr. 46 ya citado) del ámbito de aplicación de la garantía.

⁵⁴⁵ Posteriormente el Tribunal Europeo reiteró la idea de que el alcance de la prohibición de *bis in idem* incluye el riesgo de un nuevo juicio como algo distinto del nuevo proceso en si mismo, aunque tampoco dio precisiones al respecto. En efecto véase TEDH, caso *Zolotukhin* ya citado, párr. 34, donde se lee: “El Tribunal ha destacado que el Artículo 4 del Protocolo n° 7 contiene tres garantías diferentes y dispone que nadie será (i) sujeto a ser juzgado, o (ii) juzgado, o (iii) castigado por el mismo delito.”

⁵⁴⁶ TEDH, caso *Zigarella c. Italia*, sentencia de 3 de octubre de 2002.

⁵⁴⁷ TEDH, caso *Falkner c. Austria*, sentencia de 30 de septiembre de 2004.

⁵⁴⁸ TEDH, Gran Sala, caso *Zolotukhin* ya citado, párr. 113 a 115.

de, por ejemplo, el cierre del segundo proceso o su anulación y la eliminación de las consecuencias que éste haya producido, el Tribunal Europeo se reserva la posibilidad de afirmar que en tal caso el sujeto doblemente perseguido ha perdido su condición de “víctima”. Esto se sustenta en la idea de que es necesario que las autoridades locales tengan posibilidad de remediar las violaciones producidas, de modo tal que el sistema internacional se mantenga siempre como una forma de protección subsidiaria de los Derechos Humanos⁵⁴⁹.

Cabe destacar de todos modos que el Tribunal Europeo no parece dispuesto a dejar de declarar la existencia de la violación siempre que las autoridades locales reconozcan que la cometieron. La terminología utilizada en los fallos antes mencionados sugiere más bien que se trata únicamente de aquellos supuestos en los que la duplicación de procedimientos penales ocurre de manera inadvertida ante órganos diferentes, y se pone rápidamente fin al segundo proceso apenas conocida tal duplicidad⁵⁵⁰.

B) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1) LAS EXCEPCIONES A LA GARANTÍA EXPRESAMENTE REGULADAS

El inciso segundo del art. 7 que se está analizando, muestra a partir de su sola lectura que el *ne bis in idem* del sistema europeo de Derechos Humanos tiene diferencias importantes con las versiones de

⁵⁴⁹ *Idem*, párr. 115, donde concretamente se lee: “The Court therefore accepts that in cases where the domestic authorities institute two sets of proceedings but later acknowledge a violation of the *non bis in idem* principle and offer appropriate redress by way, for instance, of terminating or annulling the second set of proceedings and effacing its effects, the Court may regard the applicant as having lost his status as a “victim”. Were it otherwise it would be impossible for the national authorities to remedy alleged violations of Article 4 of Protocol No. 7 at the domestic level and the concept of subsidiarity would lose much of its usefulness.”

⁵⁵⁰ *Idem*, párr. 116.

esa garantía en otros instrumentos internacionales del mismo tenor. Esas diferencias tienen que ver con los supuestos de no aplicación de la norma europea. Concretamente, el inciso segundo en cuestión señala la posibilidad de reapertura de los casos penales a partir del descubrimiento de la prueba de nuevos hechos o de hechos recientemente descubiertos, o de la existencia de un defecto fundamental en el procedimiento previo que pudiera haber afectado el resultado del caso. La primera referencia a los nuevos hechos, sin ninguna aclaración a si se refiere solamente a aquellos que operen a favor del imputado, da la pauta de que en el ámbito europeo es posible la revisión de lo decidido aún en contra del interés del acusado⁵⁵¹. Pero además, la exposición de motivos de esta norma establece que la expresión “prueba de nuevos hechos o de hechos recientemente descubiertos” se refiere no solamente a la aparición de circunstancias fácticas no conocidas previamente sino también a nuevos medios de prueba aplicables a hechos previamente conocidos⁵⁵². En líneas generales esta última referencia puede ser entendida como la aplicación de nuevas tecnologías no disponibles cuando se resolvió en un primer momento el caso penal. Sin embargo, la alusión tan genérica a nuevos medios de prueba ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina en tanto se discute si a partir de ella no sería posible utilizar en contra del acusado medios de prueba previamente prohibidos que hayan pasado a ser legítimos⁵⁵³. Es im-

⁵⁵¹ En igual sentido véase VAN DIJK, y VAN HOOFF, ob. cit., pág. 691. Además esto es evidente también para el Consejo de Europa. Véase en efecto, COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report on Protocol N° 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Estrasburgo, 1985, párr. 30, donde se lee: “A case may, however, be reopened in accordance with the law of the State concerned if there is evidence of new or newly discovered facts, or if it appears that there has been a fundamental defect in the proceedings, which could affect the outcome of the case either in favour of the person or to his detriment.”

⁵⁵² COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report . . .* ya citado, párr. 31, donde se lee: “The term “new or newly discovered facts” includes new means of proof relating to previously existing facts.”

⁵⁵³ Así por ejemplo VAN DIJK y VAN HOOFF, ob. cit., pág. 692. Esta cuestión tiene particular relevancia en el sistema europeo de derechos humanos, por cuanto no se ha elaborado allí una regla de exclusión que opere como manifestación de la idea de proceso equitativo, sino que se entiende que la admisión y rechazo de la

portante destacar de todos modos, que si bien la reapertura de un juicio penal en contra del imputado está autorizada en el sistema europeo, esa reapertura también puede darse en su favor, y en este último caso la exposición de motivos parece reconocer genéricamente la necesidad de interpretar la permisión en términos menos restrictivos⁵⁵⁴.

La segunda excepción contenida en el inciso segundo de la norma analizada es la referida a los graves defectos en la tramitación del procedimiento. Ella tampoco aparece de manera expresa en otros instrumentos de Derechos Humanos que consagran la garantía⁵⁵⁵ sin perjuicio de que resultaría más plausible su aceptación en algunos supuestos (aunque faltase regulación expresa) en vinculación con los casos de procedimientos fraudulentos u orientados directamente a evitar la responsabilidad penal de las personas acusadas. Sin embargo, la referencia de la norma analizada a defectos fundamentales resulta más amplia que la idea de fraude, y más cercana a la noción de nulidad. Ello sumado al reenvío a la regulación interna de cada país, llevaría a que una absolución defectuosa pudiera ser por siempre objeto de revisión si así lo dispusiera el derecho local. No se advierten en este sentido límites temporales precisos que provengan de la norma internacional analizada. Peor aún, ni siquiera sería aplicable aquí la idea de plazo razonable como manifestación del proceso equitativo reconocida expresamente (art. 6 primer párrafo de la Convención Europea). Ello es así por cuanto la reapertura de un procedimiento clausurado por de-

prueba es fundamentalmente una cuestión que corresponde a cada país (entre otros muchos casos véase TEDH, caso *Schenk c. Suiza*, sentencia del 12 de julio de 1988, párr 46; y TEDH caso *Barberà, Messegué and Jabardo c. España*, sentencia del 6 de diciembre de 1988, párr. 68).

⁵⁵⁴ COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report* . . . ya citado, párr. 31, última oración, donde se lee: “Furthermore, this article does not prevent a reopening of the proceedings in favour of the convicted person and any other changing of the judgment to the benefit of the convicted person.”

A igual consecuencia se llegaría por aplicación de llamado principio *pro homine* en cuanto pauta interpretativa que en el ámbito de los derechos humanos implica estar siempre a la interpretación más favorable a la persona.

⁵⁵⁵ Sí aparece en cambio en todos los instrumentos que crean tribunales penales internacionales como se verá oportunamente.

cisión definitiva es obviamente posterior a esa resolución final, y esta última es, en el sistema europeo, la que marca el cese de la aplicación de la garantía del plazo razonable⁵⁵⁶.

Por lo demás, tampoco se advierte como limitación adicional de los supuestos de reapertura la obligación expresa de computar la pena previamente cumplida por el imputado, por ejemplo en un caso de reapertura en el que el sujeto fue condenado a una pena menor y como consecuencia de nuevas pruebas se advierte que debió habersele impuesto una sanción muchísimo mayor. Tal obligación es una norma bastante extendida en otros instrumentos internacionales que establecen excepciones a la prohibición de *bis in idem*⁵⁵⁷. Es cierto por otra parte que tratándose de reapertura y no de una nueva persecución el problema no tiene tanta relevancia, pues el cómputo de la privación de libertad sufrida dentro de un mismo proceso es una exigencia ampliamente difundida en todos los sistemas jurídicos.

2) LA PROHIBICIÓN DE SUSPENSIÓN

El inciso 3 del art. 4 del Protocolo N° 7 a la Convención Europea, establece finalmente que la garantía del *ne bis in idem* es de aquellas que no pueden ser suspendidas en estados de excepción. Ello parece una consecuencia razonable conforme lo afirmado al analizar esta misma cuestión en el ámbito interamericano. En efecto, no se vislumbra cómo desde las razones que fundamentan la declaración de un estado de excepción se podría justificar que alguien sea castigado o sometido a proceso más de una vez.

Constituye de todos modos una ventaja la explícita referencia a la imposibilidad de suspensión, pues ello pone de manifiesto

⁵⁵⁶ Véase VAN DIJK y VAN HOOFF, ob. cit., pág. 445 y la jurisprudencia allí citada.

⁵⁵⁷ Así por ejemplo el art. 56 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (ver capítulo VII, punto A.3), o el art. 10 inc. 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, o el art. 9 inc. 3 del Estatuto del Tribunal para Ruanda. Estos últimos instrumentos serán analizados en el capítulo VIII.



3) UNA CONVENCION INTERNACIONAL, UNA GARANTIA DE ALCANCE LOCAL

La posibilidad de concebir a la versión del *ne bis in idem* consagrada en el Protocolo N° 7 a la Convención Europea como una garantía aplicable también a los casos en que el proceso o la sanción previos tuvieron lugar en un país diferente de aquel que pretende sancionar en segundo lugar resulta más bien discutible. La expresa referencia a que la garantía opera en caso de que el segundo proceso o condena tengan lugar “en la jurisdicción del mismo Estado” es una muestra elocuente de que los redactores de esta norma nunca intentaron darle a la prohibición un carácter internacional. Ello ha sido además expresamente afirmado por el Consejo de Europa, en el informe explicativo del Protocolo en análisis. En dicho informe se dijo concretamente que el art. 4 del Protocolo N° 7 regula el *ne bis in idem* en el plano nacional, y que son otras convenciones europeas como la de extradición o la de validez internacional de las sentencias penales las que consagran el alcance internacional de la garantía⁵⁵⁸.

Por otra parte, hasta tal punto ello se entiende así en Europa que, dentro del ámbito más acotado de la Unión Europea existen normas específicas que regulan la aplicación del *ne bis in idem* entre países de la Unión. En este sentido se destacan especialmente las disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que serán tratadas en el capítulo VII, al cual corresponde entonces remitirse.

⁵⁵⁸ Véase COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report*. . . ya citado, párr. 27 donde se lee: “The words ‘under the jurisdiction of the same State’ limit the application of the article to the national level. Several other Council of Europe conventions, including the European Convention on Extradition (1957), the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments (1970) and the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (1972), govern the application of the principle at international level.”



CAPÍTULO VI

EL *NE BIS IN IDEM* EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

A) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

1) CUESTIONES GENERALES

Para el estudio del *ne bis in idem* de acuerdo con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es necesario tener en cuenta que, más allá de lo que se pueda reflexionar sobre la base de las posibilidades interpretativas de las partes pertinentes de ese tratado, no es posible encontrar demasiados elementos para el análisis, ya que la garantía no ha tenido un desarrollo importante en la doctrina del órgano de aplicación correspondiente: El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Además, las pocas veces que el Comité ha tratado la cuestión, no ha sido demasiado generoso con la fundamentación, con lo cual tampoco es fácil saber con certeza los alcances de su doctrina.

Por otra parte, al igual que en el sistema interamericano, la ubicación sistemática del *ne bis in idem* dentro del pacto es entre el conjunto de las garantías del debido proceso, y entre ellas se ubica en el conjunto de las garantías específicamente penales. En concreto el art. 14.7 del instrumento mencionado dispone:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una senten-

cia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

A pesar del déficit de desarrollo del órgano de interpretación y aplicación, la redacción de la norma resulta bastante clara en algunos de los aspectos que habitualmente generan problemas en otros textos legales.

2) EL TITULAR DE LA GARANTÍA

De manera similar a lo que ocurre con la Convención Europea de Derechos Humanos, el *ne bis in idem* del Pacto se refiere a que nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un delito. Si bien el vocablo “nadie” tiene un alcance aparentemente general, las referencias inmediatamente posteriores a “juicio”, “sanción” y “delito” ponen de manifiesto que la garantía está específicamente orientada a la tutela de quienes fueron acusados, y no a la de otras personas que puedan ser parte en un proceso penal. Más allá de esta consecuencia, por lo demás bastante obvia, queda por establecer si la protección dispensada está circunscripta a las personas humanas o si abarca también a las personas jurídicas.

En este sentido conviene tener en cuenta que, más allá de ciertas disposiciones del art. 1 del Pacto que están vinculadas con la noción de libre determinación de los pueblos, el art. 2 menciona únicamente a los “individuos” como sujetos de los demás derechos y las garantías consagrados. Más aún, los términos del preámbulo son muy enfáticos al hablar de los derechos y garantías reconocidos en el Pacto como derivados fundamentalmente de la dignidad de la persona humana.

Además, tampoco hay ninguna referencia a las personas jurídicas en el sistema de petición y decisión de comunicaciones establecido en el Protocolo Facultativo, que posibilita la intervención del Comité de Derechos Humanos de la ONU para decidir sobre posibles viola-

ciones. Los arts. 1 y 2 de dicho Protocolo sólo se refieren a las violaciones que afectan a individuos⁵⁵⁹.

El Comité se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión en su Observación General n° 31, donde afirmó:

“Los beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto son los individuos. Si bien, a excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto, como la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden ser disfrutados colectivamente. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones se limite a las presentadas por individuos, o en nombre de éstos (artículo 1 del Protocolo Facultativo), no impide que un individuo alegue que una acción u omisión que atañe a una persona jurídica o entidad similar equivale a una violación de sus propios derechos⁵⁶⁰.”

Como es posible apreciar en el texto transcrito, el Comité también afirma que la letra del Pacto impide en principio considerar a las personas jurídicas como titulares autónomos de los derechos y garantías consagrados. Sin perjuicio de ello, reconoce que hay derechos que se pueden vincular a grupos de personas, aunque así todo parecería que no se puede alegar su vulneración por la sólo afectación del en-

⁵⁵⁹ En concreto el art. 1 del Protocolo Facultativo establece: “Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.”

Seguidamente el art 2. dispone: “Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.”

⁵⁶⁰ Véase CDH, *Observación general no. 31 (General Comments): Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, de 26 de mayo de 2004, párr. 9.

te colectivo. Las palabras del Comité, aunque breves, sugieren más bien que si se alega la violación de un derecho de una persona jurídica, para que tal reclamo prospere en el sistema de protección del Pacto es necesario que dicha vulneración sea en el caso equivalente a la violación de un derecho de la persona humana individual. En ello parece haber alguna diferencia con la manera en que la Corte Interamericana analiza el mismo problema. Como quedara dicho, este último tribunal ha afirmado genéricamente que todos los derechos de las personas jurídicas se resuelven sin más en derechos de personas físicas⁵⁶¹. La posición del Comité parece en cambio un poco más cautelosa, aunque su falta de desarrollo no excluye totalmente la posibilidad de considerarla similar a la de la Corte Interamericana.

Si se llevan al ámbito concreto del *ne bis in idem* las ideas antes expresadas, se obtiene que, para poder sostener la vulneración de esa garantía respecto de una persona jurídica, habría que establecer en el caso en qué medida la doble sanción o doble persecución a ésta implicó una afectación equivalente para la persona física. Ya se vio en el capítulo II que algunas propuestas teóricas referidas a la identidad de sujetos como presupuesto del *ne bis in idem* afirman que la sanción a la persona jurídica puede reconducirse a la persona física a los fines de la aplicación de la garantía.⁵⁶² Si se siguiesen esos planteamientos se podría llegar a sostener que la doble sanción a la persona jurídica, o también algunos casos de sanción sucesiva a la persona jurídica y a la persona física quedarían abarcados por la prohibición del Pacto.

3) DOBLE PUNICIÓN-DOBLE ENJUICIAMIENTO

El texto del Pacto resulta por lo pronto transparente en cuanto a que la garantía prohíbe tanto la doble sanción de personas como el doble enjuiciamiento, y esas prohibiciones alcanzan tanto a quien fue previamente condenado como a quien fue previamente absuelto. Con

⁵⁶¹ Véase capítulo IV, punto B.2.

⁵⁶² Véase capítulo II, punto B.1.b).



ello se pone de manifiesto que en la sistemática del pacto se reconocen tanto la vertiente sustantiva como la vertiente procedimental del *ne bis in idem*.

4) ¿UNA GARANTÍA PROPIAMENTE “PENAL”?

La ubicación sistemática del *ne bis in idem* en el Pacto como manifestación del proceso equitativo, y más precisamente su aparición en el elenco de las garantías penales, más la referencia explícita del texto convencional antes transcrito a “delito”, “condenado”, “absuelto” y “procedimiento penal” ponen de manifiesto que son precisamente los casos criminales los que constituyen el ámbito natural de aplicación de la garantía en estudio. Sin embargo, se hace necesario saber si ella resulta aplicable a otras manifestaciones del poder sancionador de los Estados parte, como podría ser el derecho contravencional, el derecho administrativo sancionador en general, o el derecho disciplinario.

El Comité ha afirmado en la Observación General n° 32 que la prohibición de *bis in idem* se refiere “a los delitos penales solamente, y no a las medidas disciplinarias que no equivalen a una sanción por un delito penal en el sentido del artículo 14 del Pacto⁵⁶³.” Si se mira con rapidez parecería que la frase reduce el alcance del *ne bis in idem* a los delitos penales en sentido estricto. Sin embargo allí se habla de delitos penales en el sentido del artículo 14. Ese matiz no puede ser pasado por alto. La idea es que la noción de “delito” contenida en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene el mismo significado y alcance que el que se le acuerda en otras disposiciones del mismo artículo. En efecto en la misma Observación General, al definirse el concepto de “acusación penal” en el sentido del art. 14 inc. 1 (formulación básica de la idea de proceso equitativo) se dijo:

⁵⁶³ CDH, Observación General n° 32: *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, de 24 de julio de 2007, párr. 57.

“Las acusaciones de carácter penal corresponden en principio a actos que en el derecho penal nacional se han declarado punibles. La noción puede extenderse también a actos de naturaleza delictiva porque conllevan sanciones que, independientemente de su calificación en el derecho interno, deben considerarse penales por su objetivo, carácter o gravedad⁵⁶⁴.”

Como es posible apreciar, el Comité ha extendido las garantías del proceso equitativo en materia penal, entre las que cabe incluir al *ne bis in idem*, a los procesos en que se juzgan cierto tipo de infracciones que, sin ser consideradas “penales” conforme el derecho interno, conllevan sanciones cuyo objetivo (finalidad), carácter y gravedad ameritan esa mayor protección. Faltan de todos modos mayores precisiones en punto a qué finalidades y características quedan incluidos, aunque se advierte cierto paralelismo con el tratamiento que la cuestión ha recibido en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La cuestión ya venía de algún modo prefigurada en la Observación General n° 13, que la Observación n° 32 vino precisamente a reemplazar. En ella también se efectuaron un conjunto de consideraciones sobre todas las garantías contenidas en el art. 14 del Pacto. En ese marco, el Comité se expidió sobre el significado de la palabra “delito” en relación con el derecho al recurso reconocido a las personas condenadas. De este modo afirmó que los vocablos equivalentes empleados en los diferentes idiomas en que están escritas las distintas versiones oficiales del Pacto, muestran que el derecho al recurso no se refiere únicamente a las infracciones más graves⁵⁶⁵. Esta afirmación,

⁵⁶⁴ *Idem*, párr. 15.

⁵⁶⁵ Véase CDH, Observación general n° 13: *Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley*, de 13 de abril de 1984, en cuyo párr. 17 se lee: “En el párrafo 5 del artículo 14 se dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Se señalan en especial a la atención las versiones de la palabra “delito” en los demás idiomas (‘infracción’),

resulta de todos modos bastante general a la hora de establecer a qué tipo de procedimientos corresponden concretamente las garantías penales del Art. 14 del Pacto.

Sin embargo es posible hallar algo más de concreción en las observaciones finales que el Comité había formulado previamente en el caso *Salgar de Montejo*, a propósito de una comunicación originada en una petición individual de una ciudadana colombiana que había sido condenada por un tribunal militar de su país a una pena privativa de libertad de un año por la venta ilegítima de un arma de fuego⁵⁶⁶. En ese caso la requirente se quejaba principalmente de no haber podido recurrir la condena ante un Tribunal Superior, pero también de la falta de imparcialidad del tribunal militar que la había condenado, de que había sido arbitrariamente privada de su libertad, y de que la condena impuesta constituía una violación del *ne bis in idem* consagrado en el Pacto por cuanto ella había sido previamente absuelta por acusaciones que tenían que ver con la compra y la tenencia del arma⁵⁶⁷.

A los efectos que interesan para la cuestión ahora analizada, conviene centrarse en el primer agravio, es decir la cuestión del derecho al recurso⁵⁶⁸. En sus descargos ante el Comité, el representante del Estado colombiano sostuvo que en tanto el texto del Pacto habla de que esa garantía se aplica “conforme a lo prescripto por la ley”, debe estarse fundamentalmente a cómo se regulan los recursos en el Derecho de cada país. Por eso afirmó el representante de Colombia que no era posible entender esa garantía como “absoluta”, sino que correspondía tomar en consideración precisamente la regulación de los re-

‘crime’, ‘prestuplenie’), que muestran que esta garantía no se limita tan sólo a las infracciones más graves.”

Estas mismas afirmaciones se repiten en la Observación General n° 32, párr. 45.

⁵⁶⁶ CDH, caso *Salgar de Montejo v. Colombia*, Comunicación n° R.15/64, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 168, observaciones finales del 24 de marzo de 1982, párr. 1.4.

⁵⁶⁷ *Idem.*, párr. 1.5, 4 y 8.1 a 8.5.

⁵⁶⁸ En el apartado siguiente se discutirá el tratamiento, por cierto escaso, que el Comité dispensó en esta comunicación a la cuestión del *ne bis in idem*.



cursos en cada sistema jurídico. En conexión con esto, señaló el Estado que la infracción por la cual la requirente fuera condenada era, según el derecho colombiano, simplemente constitutiva de una contravención⁵⁶⁹.

Frente a lo sostenido por el Estado, el Comité señaló que los derechos reconocidos en el Pacto no pueden quedar enteramente librados a las leyes internas, y que por ello la expresión contenida en el Pacto en punto a que el derecho al recurso se ejerce “conforme lo prescrito por la ley” tiene un alcance más acotado referido exclusivamente a la manera concreta en que el recurso tramita y no ya a la decisión acerca de la existencia del recurso. Asimismo afirmó el Comité que no obstante la consideración que la infracción que motivara la condena tuviera en el derecho interno, la pena impuesta era lo suficientemente grave como para entender aplicable el derecho al recurso⁵⁷⁰.

De lo dicho por el Comité en este caso y en la antes citada Observación General n° 32 pueden extraerse algunas consecuencias importantes. Parecería que la materia específicamente penal sobre la que operan las garantías penales es también en el sistema del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos un concepto autónomo, que de ningún modo queda librado exclusivamente a lo que los Estados

⁵⁶⁹ *Idem.*, párr. 7.1.

⁵⁷⁰ *Idem.*, párr. 10.4, en cuya versión castellana se lee: “El Comité considera que la expresión «conforme a lo prescrito por la ley» que figura en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a la apelación, porque los derechos son los reconocidos en el Pacto y no únicamente los reconocidos en la legislación interna. Más bien, lo que ha de determinarse «conforme a lo prescrito por la ley» es el procedimiento que se ha de aplicar para la apelación. Ciertamente es que el texto español del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, en el que se dispone la existencia del derecho a la apelación, se refiere solamente a “un delito”, en tanto que el texto inglés se refiere a “*a crime*” y el francés a “*une infraction*”. No obstante, el Comité opina que la pena de cárcel impuesta a la Sra. Consuelo Salgar de Montejo, aunque correspondió a algo definido por la legislación interna como «una contravención», es suficientemente grave, dadas las circunstancias, para merecer apelar ante un tribunal superior, como se dispone en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.”

consideren delictivo en sus ordenamientos internos. Por otro lado, parecería que la gravedad de la sanción es un dato relevante para determinar la aplicabilidad de las garantías penales a un procedimiento sancionador dado. Con ello quedarían eventualmente excluidos los procedimientos administrativo-sancionadores por los que se apliquen sanciones de menor cuantía. También es necesario mirar a la finalidad y al carácter de la sanción, aunque la concreta operatividad de estos elementos para extender el alcance del *ne bis in idem* no ha sido suficientemente desarrollada.

En relación con las sanciones disciplinarias, el Comité ha dicho expresamente en uno de los párrafos ya citados de la Observación General n° 32 que ellas no son objeto de la protección dispensada por el artículo 14.7 del Pacto sobre *ne bis in idem*⁵⁷¹. Además, ello ya había sido objeto de tratamiento en el caso *Strik*, en el que se discutió la situación de un empleado municipal de la localidad holandesa de Eindhoven, que había enviado una carta a sus superiores cuyas expresiones fueron posteriormente consideradas por la autoridad municipal difamatorias y constitutivas de un incumplimiento de deberes⁵⁷². Como consecuencia de ello el sujeto había recibido varias sanciones disciplinarias en tres resoluciones dictadas en oportunidades diversas.

Al plantear su caso al Comité, el requirente cuestionaba, entre otras cosas, que la imposición de sanciones mediante resoluciones dictadas en diferentes fechas habían implicado una violación al *ne bis in idem* consagrado en el Pacto. Sin embargo el Comité, sin entrar a considerar en detalle si efectivamente había existido más de un procedimiento sancionador por una misma infracción, declaró inadmisibile el reclamo diciendo que al requirente se le habían impuesto únicamente medidas disciplinarias no vinculadas a ninguna “acusación de carácter penal” o “delito” en el sentido de los artículos 14 o 15 del Pacto⁵⁷³.

⁵⁷¹ Ver CDH, Observación General n° 32, ya citada, párr. 57.

⁵⁷² CDH, caso *Strik v. The Netherlands*, publicado en ICCPR, A/58/40 vol. II (1 November 2002) 547 (CCPR/C/76/D/1001/2001), párr. 2.1.

⁵⁷³ *Idem.*, párr. 7.3 en cuya versión castellana se lee: “En lo que respecta a las afirmaciones del autor de que fue sancionado varias veces por su empleador por

A partir de estas afirmaciones se puede tener por cierto que el *ne bis in idem*, tal como está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es aplicable al ámbito acotado de las sanciones disciplinarias impuestas por una autoridad estatal a las personas que se desempeñan en la función pública. Además, dado el lenguaje que utilizó el Comité en el caso comentado, y la escueta pero clara referencia al tema en la antes citada Observación General n° 32, es posible generalizar esta afirmación a todo el ámbito de las garantías penales, en el sentido de que ellas tampoco serían aplicables a las cuestiones disciplinarias. En efecto, en el caso comentado se descartaron con el único argumento de la inexistencia de una acusación específicamente penal tres cuestionamientos referidos a los arts. 14.6, 14.7 y 15 del Pacto.

5) ¿HECHOS O DELITOS?

El art. 14.7 del Pacto es claro en señalar que la prohibición de doble enjuiciamiento y doble sanción se refiere a la misma persona por el mismo "delito", y en las demás versiones oficiales se utilizan vocablos equivalentes. La posibilidad de interpretar que se trata entonces de la prohibición de sancionar de nuevo por unos mismos hechos aparece un tanto difícil frente a la literalidad de la norma. Ésta percepción se confirma además con la lectura de los Trabajos Preparatorios del Pacto. En ellos es posible advertir que, cuando se discutió la

el mismo acto, según las decisiones de 25 de septiembre de 1990, 5 de enero y 8 de junio de 1993; de que no recibió reparación pese al fallo de la Junta Central de Apelaciones en su favor, y de que la Junta, al sumar la sanción de destitución a otras sanciones, le impuso una pena mayor que la aplicable en el momento del delito, por lo que se violan los párrafos 6 y 7 del artículo 14 y el artículo 15 del Pacto, el Comité señala que estos artículos del Pacto se refieren a delitos, cuando en el caso del autor se impusieron únicamente medidas disciplinarias y que la documentación presentada al Comité no indica que se impusieran en relación con una "acusación de carácter penal" o "delito" en el sentido de los artículos 14 ó 15 del Pacto. Esta parte de la reclamación, por consiguiente, queda fuera del ámbito del Pacto y es inadmisibles, *ratione materiae*, con arreglo al artículo 3 del Protocolo Facultativo."



redacción de esta norma, se evitaron concientemente otras formulaciones propuestas por algunos representantes que se pronunciaron abiertamente por la posibilidad de introducir la referencia a “acciones”⁵⁷⁴.

Una interpretación excesivamente normativizada de la garantía merece sin duda reparos, pues refuerza la idea de que su aplicación queda sujeta a lo que se decida en cada país, restándole al Derecho Internacional la posibilidad de asegurar un estándar mínimo que permita una aplicación más pareja en todos los Estados. En efecto, dentro del sistema punitivo de cada país no es muy difícil constatar que varias normas penales se superponen en mayor o menor medida. Siendo ello así, sería deseable que en el sistema de protección del Pacto se generasen al menos algunos criterios, que al igual que en el orden europeo, permitieran como mínimo descartar la doble punición y el doble enjuiciamiento en los casos en que la diferencia entre dos figuras penales sea meramente nominal por tener esencialmente los mismos elementos constitutivos.

Las observaciones del Comité arrojan, por lo breves y oscilantes, una luz bastante tenue sobre esta cuestión. En el caso *Salgar de Montejo*, citado en el apartado previo, el Comité dejó de lado el reclamo de la requirente vinculado con el *ne bis in idem*. La argumentación sobre esta cuestión es muy escasa, tanto que casi parece haberse omitido el tratamiento de ese planteo. Como se recordará, la requirente había aducido que luego de ser absuelta por la compra y la tenencia ilegítima de un arma, se la había condenado luego por la venta de esa misma arma⁵⁷⁵. En su tratamiento de la cuestión el Comité se limitó a decir que era un hecho no controvertido por ninguna de las partes que la requirente había sido condenada por el delito de venta de un arma en violación de cierta norma colombiana, y que por ese “delito” había

⁵⁷⁴ BOSSUYT, Marc J., *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Países Bajos, 1987, pág. 316.

⁵⁷⁵ CDU, caso *Salgar de Montejo* ya citado, párr. 8.5.

sido juzgada una sola vez⁵⁷⁶. Luego de definir que esos eran los hechos probados el Comité omitió todo tratamiento del planteo sobre el *ne bis in idem*. Sin embargo es posible extraer de allí que el Comité se ha abstenido de analizar el conjunto de la secuencia fáctica adquisición-tenencia-venta del arma y los efectos que una absolución referida a alguno de esos momentos previos podría tener en relación con la garantía en cuestión. Más bien se ha centrado exclusivamente en que la venta era una infracción consagrada autónomamente en el derecho colombiano. Esto podría constituir un indicio de que el Comité, a la hora de establecer el alcance del *ne bis in idem*, no miró en este caso los hechos y las conexiones existentes entre ellos que pudieran tener una significación normativa relevante a los fines de la garantía, sino que se centró más bien en si las decisiones jurisdiccionales condenatorias o absolutorias se referían al mismo delito según el derecho interno.

A pesar de lo dicho, en otros informes del Comité han aparecido indicios con una tendencia diferente. Ello ocurre por ejemplo en las observaciones correspondientes al caso *Terán Jijón*, que fueron bastante más recientes⁵⁷⁷. En este caso, un sujeto acusado de ser cómplice en el robo a un banco fue condenado a una pena de un año de prisión, pero poco antes de esa condena se iniciaron nuevas acciones penales en su contra por el delito de tenencia ilícita de arma de fuego⁵⁷⁸. Si bien la cuestión no está del todo clara en el informe, parecería que el hallazgo de las armas cuya tenencia ilícita se le atribuyó al acusado en el segundo procedimiento fueron las mismas que se hallaron en su po-

⁵⁷⁶ *Idem.*, párr. 9.1, en el que se lee: “El Comité de Derechos Humanos basa sus opiniones en los siguientes hechos, que no son controvertidos: Consuelo Salgar de Montejo, directora del periódico colombiano El Bogotano, fue condenada el 7 de noviembre de 1979 a un año de prisión por un tribunal militar por el delito de haber vendido un arma en violación del artículo 10 del Decreto N.º 1923, de 6 de septiembre de 1978, llamado también «Estatuto de Seguridad». Por este delito fue juzgada sólo una vez.”

⁵⁷⁷ CDH, caso *Terán Jijón v. Ecuador* Comunicación n.º 277/1988, U.N. Doc. CCPR/C/44/D/277/1988, observaciones finales del 26 de marzo de 1992, párr. 1.4.

⁵⁷⁸ *Idem.*, párrs. 1.5 y 1.6.

der al momento de practicarse su detención en relación con el primer proceso seguido por el delito de robo⁵⁷⁹. Ante esta situación, la requirente (madre del sujeto imputado) afirmó que se había vulnerado el *ne bis in idem* respecto de su hijo por tratarse “del mismo hecho y del mismo delito”⁵⁸⁰. El Estado por el contrario afirmó que la tenencia de armas constituía un delito distinto⁵⁸¹. Esta posición del Estado resulta un tanto paradójica en el contexto del caso, ya que una sala de su propia Corte Suprema había considerado que la segunda imputación efectivamente violaba la garantía tal como estaba consagrada en el procedimiento penal local, y puso así fin a ese segundo proceso. Al momento de decidir la cuestión, el Comité expresó que si bien el segundo expediente se refería a un elemento concreto del mismo asunto examinado en el primer juicio, lo cierto es que el acusado no había sido ni juzgado ni condenado una segunda vez precisamente por la decisión del Tribunal local de desestimar la acusación. Esta decisión interna había, por lo tanto, restaurado la vigencia del *ne bis in idem*⁵⁸².

⁵⁷⁹ *Idem*, párr. 3.2.

⁵⁸⁰ *Idem*, párr. 2.

⁵⁸¹ *Idem*, párr. 3.4.

⁵⁸² *Idem*, párr. 5.4. Este párrafo condensa la posición del Comité sobre la garantía en relación con este caso, así es que conviene transcribirlo: “Con respecto a la afirmación del Sr. Terán de que el Estado Parte violó el párrafo 7 del artículo 14 del Pacto porque se le volvió a inculpar por los mismos hechos que habían constituido la base de su primer juicio y condena, el Comité observa que en el párrafo 7 del artículo 14 se prohíbe que una persona pueda ser juzgada o sancionada por un delito por el cual ya ha sido condenada o absuelta. En el caso de que se trata, mientras que la segunda inculpación se refería a un elemento concreto del mismo asunto examinado en el juicio inicial, el Sr. Terán no fue juzgado ni condenado una segunda vez, ya que la Sala Cuarta de la Corte Suprema desestimó la acusación, invocando el principio *ne bis in idem*. En consecuencia, el Comité considera que no ha habido violación del párrafo 7 del artículo 14 del Pacto.”

Es muy importante destacar que esta versión oficial castellana que se ha transcripto presenta alguna diferencia de matiz y de énfasis con la versión oficial en inglés. En efecto, repárese en que en la versión transcripta nos habla de que la Corte Suprema local: “desestimó la acusación, invocando el principio *ne bis in idem*”. En cambio en la versión oficial en inglés se lee: “. . . the Superior Court quashed the indictment, thus vindicating the principle of *ne bis in idem*.” Es a partir de esta última versión que se afirma en el texto de este trabajo que el Comité consideró en realidad

A partir de estas afirmaciones del Comité es válido pensar que, en caso de que el segundo procedimiento hubiese continuado adelante, este órgano internacional probablemente hubiese considerado violada la garantía. Sin embargo, dado que las afirmaciones del Comité están tan poco desarrolladas no es posible saber qué significa exactamente su consideración aparentemente negativa de que los tribunales locales practiquen en un proceso posterior una nueva valoración de “un elemento concreto del mismo asunto”. Ello podría sugerir una ampliación de la garantía hasta los casos de identidad de hechos, o simplemente hasta los casos de concurso aparente de leyes, al modo del Tribunal Europeo.

Además de los casos citados, hay un informe sobre Portugal del que es posible extraer también algún indicio interesante. En este caso no se trata de observaciones basadas en una petición individual, sino de los comentarios finales en relación con uno de los informes periódicos por países en los términos del art. 40 del Pacto. Más precisamente, se trata de las observaciones finales emitidas en 1999 en relación con un informe de Portugal sobre la situación de sus territorios en Macao⁵⁸³. Allí el Comité evaluó negativamente la existencia de una ley donde estaba prevista la imposición de condenas y penas más graves para los delincuentes habituales, o para aquellos que tuviesen pronóstico de reincidencia, y advirtió concretamente al Estado sobre la incompatibilidad de ese aspecto de la ley local con la garantía del *ne bis in idem*⁵⁸⁴.

que la decisión de la corte local de algún modo salvó la vigencia del principio, lo que permite suponer con mayor convicción que de no haber mediado esa decisión el órgano internacional habría quizás considerado vulnerada la garantía.

⁵⁸³ CDH, *Concluding observations of the Human Rights Committee (Macao) : Portugal*, del 04 de noviembre de 1999 (CCPR/C/79/Add.115).

⁵⁸⁴ *Idem*, párr. 12, en cuya versión castellana concretamente se lee: “El Comité se preocupa por ciertos aspectos de la Ley 6/97/M (promoción, financiación o apoyo de asociaciones secretas), en particular la creación de un crimen impreciso e insuficientemente definido (o crimen “abstracto”) y la imposición de una condena o de una sentencia más grave sobre la base de que la persona es un “delincuente habitual” o de que probablemente reincidirá. El Comité recomienda que se armonice la legislación penal con los artículos 14 y 15 del Pacto, en particular la prohibición de

El punto de vista según el cual la agravación de la pena sobre la base de la reincidencia del condenado constituye una violación del *ne bis in idem* implica atribuirle a esta garantía una amplitud considerable, y está más claramente vinculada a la concepción según la cual se prohíbe castigar dos veces el mismo “hecho” y no ya únicamente el mismo “delito”. En efecto, la agravación por reincidencia no supone que el mismo “delito” esté siendo nuevamente juzgado o castigado, sino más bien que en un juicio posterior por un delito diverso se valore recién al momento de imponer la pena la existencia de una condena previa como un dato negativo en términos de prevención especial. Esto implica que es la “conducta” anterior del imputado lo que se toma nuevamente en consideración. La específica calificación legal dada a la conducta objeto del primer proceso podrá a lo sumo contribuir a un pronóstico de reincidencia más o menos negativo ante la posibilidad de que exista una suerte de “especialización” criminal. Pero, cabe repetir, no es que la persona sea procesada o condenada nuevamente por el “delito” previo, sino más bien que, en el segundo proceso, la proclividad delictiva del condenado como circunstancia agravante se establece sobre la base de su “conducta” precedente. Sorprende entonces que el Comité se haya referido en el informe comentado a que la disposición sobre reincidencia no era compatible con la garantía que prohíbe “procesar o encausar dos veces a la misma persona por el mismo delito”⁵⁸⁵. Más sorprendente aún resulta el hecho de que el Comité parece haber modificado sustancialmente en este informe su anterior punto de vista favorable en general a las medidas enderezadas a inocuizar delincuentes presuntamente peligrosos, sin dar ninguna explicación satisfactoria del cambio. En efecto, el Comité ya se había pronunciado sobre una cuestión similar en un caso sobre Uruguay, en el que se denunciaba entre otras cosas que a un sujeto se le había impuesto una medida de seguridad instantánea, basada en su peligrosidad

procesar o encausar dos veces a la misma persona por el mismo crimen (non bis in idem, artículo 14, párrafo 7) y la prohibición de leyes con efecto retroactivo (nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege, artículo 15).”

⁵⁸⁵ *Ibid.* En la versión inglesa se lee: “. . . trying a person or placing him/her in jeopardy, twice for the same offence. . .”



quedando por un cierto lapso detenido a disposición del poder ejecutivo. Allí si bien se condenó al Estado, no se cuestionó la validez genérica de esa clase de medidas desde la perspectiva del art. 9 del Pacto (derecho a la libertad), ni se hizo ningún cuestionamiento, comentario o análisis en referencia al art. 14⁵⁸⁶. Más aún, a la misma persona se le impusieron posteriormente junto con su condena medidas de seguridad “eliminativas” y ello tampoco mereció ningún reparo o consideración⁵⁸⁷.

Otro indicio que permitiría vincular las opiniones de Comité a una cierta consideración de la garantía basada en la identidad de hechos y no tanto en la identidad de delitos, viene dada por una breve pero significativa afirmación contenida en la Observación General n° 32, según la cual:

“Las penas reiteradas impuestas a objetores de conciencia por no haber obedecido repetidos mandamientos de incorporación a filas para cumplir el servicio militar pueden equivaler a otras tantas sanciones por el mismo delito si la consiguiente negativa a acatarlos se apoya en la misma e invariable determinación basada en razones de conciencia⁵⁸⁸.”

Es interesante verificar el abordaje que se hace de esta cuestión desde la perspectiva del *ne bis in idem*, dando por sentada la compatibilidad de al menos una sanción de ese tenor con el derecho a la liber-

⁵⁸⁶ Tampoco se hicieron referencias a que la medida hubiese sido dictada en el contexto de un estado de excepción. El Comité afirmó en esa oportunidad lo siguiente: “Aunque la detención administrativa no puede ser objetada en circunstancias en que la persona afectada constituye una clara y seria amenaza para la sociedad que no puede ser contenida de otro modo, el Comité destaca que las garantías establecidas en los siguientes párrafos del artículo 9 son plenamente aplicables en tales casos.” Véase CDH, caso *Cámpora Schweizer v. Uruguay*, Comunicación No. 66/1980 (15 March 1980), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40) at 117 (1983), párr. 18.1.

⁵⁸⁷ *Idem*, párr. 3.3 y 17.3. Es cierto sin embargo que, según surge de este último párrafo, las medidas eliminativas fueron dejadas sin efecto por un tribunal del propio Estado que revisó la sentencia de primera instancia.

⁵⁸⁸ CDH, Observación General n° 32, ya citada, párr. 55.

tad de conciencia. Sea como fuere, interesa destacar aquí que este caso de unidad intencional que el Comité denomina unidad de determinación puede ser entendido como un dato fáctico que relativiza la comprensión puramente normativa de la identidad de delitos a que hace referencia el art. 14.7 del Pacto. De todos modos es cierto también que cuando se trata de casos en los que se hace necesario determinar si se está ante la comisión de una única infracción, o ante la comisión reiterada de la misma infracción, la cuestión de la intención es tomada en consideración también en versiones locales del *ne bis in idem* que, como la estadounidense, están construidas sobre la base de la identidad de delitos y no de la identidad de hechos⁵⁸⁹.

Como resumen de todo lo expuesto, puede afirmarse que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos propone, en su literalidad una versión acotada del *ne bis in idem* como prohibición de juzgar o castigar dos veces a la misma persona por el mismo delito, y no del mismo hecho. No obstante, la interpretación que de esa norma ha efectuado el órgano de aplicación correspondiente parece indicar que ella abarca también los casos en que en un segundo procedimiento se juzgue a la persona por una infracción que constituya un aspecto del delito por el que fuera previamente juzgada, o los supuestos en que ambas infracciones están vinculadas por una única determinación del autor. Como cuestión adicional, se ha sostenido también que la garantía veda igualmente las consecuencias agravatorias de la pena por motivo de reincidencia o habitualidad delictiva que constituirían también formas de penar dos veces lo mismo. De todos modos las referencias halladas son muy colaterales como para permitir conclusiones definitivas.

⁵⁸⁹ Sobre esto véase capítulo II, punto B.2.b).

- 6) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “SENTENCIA FIRME” A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA?

Del texto del art. 14 del Pacto antes transcripto surge con claridad que antes de la “sentencia firme” no hay todavía “bis in idem” posible en el sentido de esta norma, y que la ley procesal de cada país es la que fija en principio en qué resoluciones se le otorga ese carácter “final” que impide la posterior persecución penal por el mismo delito⁵⁹⁰. Esto quiere decir, ni más ni menos, que el propio Estado tiene un cierto margen para organizar la estructura de su proceso penal de modo tal que son en principio igualmente compatibles con el *ne bis in idem* del Pacto diferentes estructuras de decisión judicial de los casos penales. En efecto, los trabajos preparatorios revelan que la actual referencia del texto a una resolución “firme de acuerdo con la ley y con el procedimiento penal de cada país” fue producto de una discusión sobre la cuestión. En el transcurso de ella se propuso aclarar que sentencia “firme”, o “final” según versiones en otra idioma del texto discutido, es aquella en la que todos los métodos de revisión y apelación judicial se han agotado y los plazos han expirado. Sin embargo se adoptó finalmente la formulación más breve propuesta por el representante ecuatoriano, que es precisamente la que reenvía al ordenamiento de cada Estado⁵⁹¹.

Sin embargo, la remisión a los ordenamientos locales no quita nada al hecho de que ese mismo carácter “final” de la resolución del primer proceso es un aspecto de la garantía establecido en la norma internacional. Por eso el Comité se ha visto obligado a establecer en algunos de sus informes si efectivamente había existido una sentencia firme en el sentido del art. 14, parr. 7 del Pacto.

⁵⁹⁰ A idéntica conclusión en punto a que, en el art. 14.7 del PIDCP, la noción de “sentencia firme” se define de acuerdo con el derecho de cada país, llega GARCÍA, Luis M., “El derecho a recurrir contra la sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH. Habla sobre su alcance pero se queda a mitad de camino”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo de 2005, pág. 592.

⁵⁹¹ Véase BOSSUYT, ob. cit., pág. 317.

La cuestión de la “sentencia firme” en relación con el *ne bis in idem* fue abordada por el Comité en el caso *Cámpora Schweizer*, donde se trató la situación de una persona que habiendo sido originalmente sometida a proceso ante un juez penal acusada de cometer ciertos delitos, quedó luego (y sin que hubiera resolución judicial que definiera su situación) detenida a disposición del Poder Ejecutivo, para finalmente ser sometida a la jurisdicción de un tribunal militar que acabó por condenarla por esos mismos delitos y otros que se incorporaron a la acusación durante el trámite en esta última sede⁵⁹². La cuestión planteada por el denunciante en relación con el *ne bis in idem* era si la reanudación de las actuaciones ante el tribunal militar varios años más tarde importaba una vulneración de esta garantía. El Comité entendió que no había existido, hasta la intervención del tribunal militar, una sentencia realmente definitiva en el sentido del artículo 14 parr. 7 del Pacto, y por tanto consideró que no podía hablarse de una violación del *ne bis in idem*. Sin perjuicio de ello afirmó que la extensa duración de los procedimientos constituía una violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas⁵⁹³. Es posible sostener entonces que sin la existencia de una resolución judicial que claramente decida sobre el fondo del asunto, el Comité no parece dispuesto a considerar una violación de la garantía en estudio.

Además, es interesante destacar que desde la perspectiva del Comité el *ne bis in idem* parece tener cierta afinidad con la garantía del plazo razonable que opera de alguna manera como si fuera su

⁵⁹² CDH, caso *Cámpora Schweizer*, ya citado, párr. 16.1 a 17.3.

⁵⁹³ *Idem*, párr. 18.2 en el que se lee: “En lo concerniente a la alegación de que el artículo 14 (7) del Pacto ha sido violado por el Estado parte, el Comité observa que, de acuerdo con la presentación de los requirentes, los procedimientos criminales iniciados contra David Cámpora en 1971 no concluyeron formalmente en primera instancia hasta que el tribunal militar dictó su sentencia el 10 de septiembre de 1980. El artículo 14 (7), sin embargo, solamente es violado si una persona es juzgada nuevamente por un delito por el que ella hubiese sido ya finalmente condenada o absuelta. Esto no parece haber ocurrido en el presente caso. Sin embargo, el hecho de que las autoridades uruguayas tomaran casi una década hasta que la sentencia de primera instancia fuera dictada indica un mal funcionamiento grave del sistema judicial contrario al artículo 14 (3) (c) del Pacto.”

reaseguro. De modo que aunque no llegue a comprobarse que exista propiamente una reiteración de procedimientos o sanciones penales, el hecho de que una persona se vea involucrada en una situación confusa de continuas acusaciones criminales durante un período prolongado importará al menos una violación de su derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Ello se ve confirmado por lo dicho en el caso *Almirati Nieto* en el que el Comité se abstuvo de declarar la existencia de una violación al *ne bis in idem* simplemente por carecer de información suficiente acerca de si el segundo procedimiento se refería o no a nuevos delitos, pero de todos modos consideró, al igual que en *Cámpora Schweizer*, que la situación importaba al menos una violación del plazo razonable consagrado en el art. 14, parr. 3, inc. c) del Pacto⁵⁹⁴.

Otro aspecto destacable del citado caso *Cámpora Schweizer* con relación al concepto de “sentencia firme” es que cuando el Comité afirma allí que no había existido propiamente una decisión final sino hasta la intervención del tribunal militar, hace referencia expresa a la condena dictada por un tribunal de primera instancia⁵⁹⁵. Esto parecería contradecir lo dicho al comienzo de este apartado en punto al margen de discreción de los Estados para organizar sus procesos penales. En

⁵⁹⁴ CDH, caso *Almirati Nieto v. Uruguay*, Comunicación No. 92/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 126 (1990), párr. 10.5, en el que se lee: “En lo que concierne a la alegación de la requirente de que el artículo 14 (7) del Pacto ha sido violado por el Estado parte porque los nuevos procedimientos criminales, iniciados por la justicia militar en contra de su padre en diciembre de 1980, se basaban en los mismos hechos por los cuales fuera juzgado y condenado a 10 años de prisión por la justicia civil, el Estado parte en sus presentaciones fechadas el 1 de julio y el 13 de agosto de 1982 refutó dicha alegación sobre la base de que ‘los procedimientos en cuestión se efectuaron por el surgimiento de nueva evidencia sobre la comisión de los delitos de robo y ataque a la seguridad del transporte’. El Comité observa a este respecto que el Estado parte no ha especificado cuál fue la nueva evidencia que llevó a las autoridades uruguayas a inciar nuevos procedimientos. En ausencia de esa información, como de la referente al resultado de tales procedimientos, el Comité no emite opinión acerca de la cuestión de la violación del artículo 14 (7), pero es su parecer que los hechos indican un incumplimiento de las exigencias del artículo 14 (3) (c) del Pacto en cuanto a que la persona acusada debe ser juzgada ‘sin dilaciones indebidas’”.

⁵⁹⁵ CDH, caso *Cámpora Schweizer*, ya citado, párr. 18.2.

efecto, si se afirmara que la “sentencia firme” en el sentido del Pacto es la de primera instancia, podría pensarse entonces que la intervención de tribunales superiores o la necesidad de hacer un nuevo juicio, como consecuencia de algún recurso de las partes acusadoras, entraría ya en el ámbito de aplicación del *ne bis in idem*. Sin embargo el tratamiento que el Comité ha dado posteriormente al artículo 14 parr. 7 del Pacto hace imposible sostener esa posición.

Así por ejemplo, el Comité ha comentado los alcances de la norma en estudio en la ya citada Observación General n° 13, en la que efectúa consideraciones acerca de las diferentes garantías del proceso equitativo y dedica todo el párrafo 19 al *ne bis in idem*. La importancia de dicho párrafo para el tema analizado hace conveniente su transcripción:

“Al examinar los informes de los Estados se han expresado con frecuencia opiniones diferentes sobre el alcance del párrafo 7 del artículo 14. Algunos Estados Partes han sentido incluso la necesidad de formular reservas sobre los procedimientos para la reanudación de procesos penales. El Comité estima que la mayoría de los Estados Partes establecen una clara distinción entre la reanudación de un proceso justificada por circunstancias excepcionales y la incoación de un nuevo proceso, cosa prohibida en virtud del principio ne bis in idem contenido en el párrafo 7. Esta interpretación del significado ne bis in idem tal vez aliente a los Estados Partes a reconsiderar sus reservas al párrafo 7 del artículo 14⁵⁹⁶.”

Lo primero que corresponde destacar en este párrafo es que según el Comité la garantía prohíbe fundamentalmente la incoación de nuevos procesos, cuestión que se señala como claramente distinta de los casos de reapertura eventualmente permitidos. En esto parece implicarse la posibilidad de alguna excepción a la aplicación de la garantía, cuestión sobre la que se volverá posteriormente. En lo que interesa

⁵⁹⁶ CDH, Observación General n° 13 . . . , ya citada, párr 19. La cuestión se repite también en el párr. 56 de la Observación General n° 32 que reemplazó a la 13, aunque desaparecen allí las referencias a las reservas de los Estados.

ahora, es posible concluir, sobre la base de las afirmaciones del Comité antes transcriptas, que no quedan abarcadas por la prohibición las situaciones que ni siquiera llegan a constituir una reapertura sino que producen únicamente la continuación del proceso conforme el derecho local.

La conclusión mencionada en el párrafo previo se ve fortalecida en la jurisprudencia posterior del Comité, en la que se llegó a afirmar de manera expresa que no queda abarcado por la prohibición de *bis in idem* del Pacto el caso del recurso de la acusación contra una sentencia absolutoria, cuyo resultado inmediato es la continuación del trámite ante una instancia superior y eventualmente la realización de un nuevo juicio o el dictado de una nueva sentencia. Este supuesto fue expresamente tratado en el caso *Babkin*, en el que concretamente se afirmó:

“El autor ha afirmado que es víctima de una violación de sus derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 14, leído conjuntamente con el párrafo 7, ya que la decisión de la Sala de Casación de lo Penal del Tribunal Supremo que revocó su absolución no estaba fundada en derecho. El Comité señala en este sentido que la condición ‘de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país’ se aplica a ‘por sentencia firme’ y no a ‘condenado o absuelto’. El Comité observa también que la sentencia absolutoria del autor fue anulada por la Sala de Casación del Tribunal Supremo a raíz del recurso que interpuso la víctima en casación, es decir, antes de que la absolución del autor fuese firme. El párrafo 7 del artículo 14 sólo se vulnera sin embargo cuando una persona es juzgada de nuevo por un delito por el cual ya ha sido absuelta de forma definitiva, lo que no parece haber sucedido en este caso. Por consiguiente, el Comité concluye que esta parte de la comunicación del autor no pone de manifiesto una violación del artículo 14, párrafo 1, leído conjuntamente con el párrafo 7⁵⁹⁷.”

⁵⁹⁷ CDH caso *Babkin v. Federación Rusa*, Comunicación N° 1310/2004, dictamen aprobado el 3 de abril de 2008, párr. 13.5. Por lo demás, en CDH, Observación General n° 32, antes citada, párr. 56, ya se decía expresamente que la prohibición no es aplicable si un Tribunal Superior anula una condena y ordena la repetición del juicio.

El párrafo transcrito es muy claro en punto a que el concepto de “sentencia firme” del Pacto remite a la regulación de los recursos conforme la ley de cada país. Si la legislación local autoriza el recurso de la acusación contra la sentencia del tribunal de juicio, no habrá entonces afectación de la garantía. Análoga situación plantean en general los pedidos de nulidad que tengan como resultado la retrogradación del procedimiento a etapas previas. En estos todos estos casos, dependiendo de cómo sea la regulación local, se estaría ante eventualidades propias del trámite de un único proceso penal y no ante “dos procesos”. Si el Comité admite como excepción inclusive la reapertura de causas concluídas, es claro que la prolongación del proceso a través de recursos no está vedada.

En resumen, para el Comité de Derechos Humanos el *ne bis in idem* recién comienza a operar como garantía cuando el proceso ha concluído definitivamente en una resolución que no admite, conforme el derecho interno, ninguna forma de impugnación. Antes de una resolución de ese tenor, las marchas y contramarchas del proceso que estén reguladas por la ley local podrán entrar a lo sumo en la órbita del plazo razonable. Pero aún en caso de que exista una resolución definitiva, lo que está claramente vedado es el inicio de un nuevo procedimiento. La reapertura en principio también lo está, pero el Comité parece reconocer excepciones que serán luego analizadas.

7) ¿PROHIBICIÓN DE SER JUZGADO DOS VECES O PROHIBICIÓN DE QUE EXISTA LA POSIBILIDAD DE SER JUZGADO DOS VECES?

De la letra expresa de la versión castellana del Pacto surge que el art. 14, parr. 7 veda que alguien sea nuevamente “juzgado” o “sancionado”. Esto puede generar alguna duda en punto a los alcances de la vertiente procedimental de la garantía. En efecto, en muchos sistemas procesales inquisitivos o mixtos la primera etapa de investigación, si bien implica para el imputado estar sometido actual o poten-

cialmente a las múltiples restricciones y riesgos propios de los procesos penales, no es el juicio propiamente dicho.

Sin embargo, al igual que lo que ocurre con el texto del Protocolo N° 7 de la Convención Europea, la traducción literal de la versión oficial en inglés del Pacto habla de que “(n)adie estará sujeto a ser juzgado o castigado de nuevo . . .”. A partir del texto de esa versión se vislumbra un anticipo de la protección de la garantía al momento en que surge la posibilidad de un nuevo juicio, es decir al momento en que el imputado “está sujeto” a ser nuevamente juzgado. De todos modos, ese giro admite también más de una interpretación, por lo que resulta necesario hacer otra distinción.

Por un lado ese estar sujeto a un nuevo juicio que prohíbe la garantía podría producirse recién cuando se reinicia un proceso concluido o cuando se inicia el segundo procedimiento penal contra la misma persona por el mismo delito. Es decir que estar “sujeto a ser juzgado” equivaldría en estos casos a estar sometido de nuevo a un proceso penal. Por otro lado sería posible sostener que el riesgo de un nuevo juicio prohibido por el Pacto se produce aún antes, cuando por cualquier actividad o decisión de un órgano estatal surgiese ya ese peligro de que el segundo proceso se inicie o el proceso fenecido reviva, aunque tal riesgo no se haya aún concretado. Esto último, como se vio, es lo que parece sostener el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del Protocolo N° 7 a la Convención Europea, aunque sin demasiado desarrollo.

Cabe entonces recurrir a los informes del Comité para buscar indicios acerca cuál es la interpretación correcta de este aspecto de la norma en análisis, y en primer lugar cabe remitirse a la versión castellana del párrafo 19 de la Observación General n° 13 transcrito en el acápite previo. Allí se habla claramente de que lo prohibido es la “incoación de un nuevo proceso⁵⁹⁸”. Con ello ya se tendría un primer indicio favorable a que la garantía se extiende razonablemente a la prohibición de iniciar nuevos procedimientos penales, independiente de que

⁵⁹⁸ CDH, Observación General N° 13 . . . , ya citada, párr. 19.

en esos procesos establecidos según la ley de cada Estado el juicio propiamente dicho pertenezca a una etapa posterior. Del mismo modo, en el citado informe del Comité sobre Portugal y la situación de los Derechos humanos en Macao, se habla claramente del *ne bis in idem* como la prohibición de “procesar o encausar dos veces a la misma persona por el mismo crimen⁵⁹⁹”, confirmando que lo vedado es el doble sometimiento a proceso. En consecuencia la voz “juicio” en la versión castellana del art. 14 parr. 7 del Pacto podría entenderse razonablemente en un sentido más amplio como “proceso penal”.

De todos modos hay que reconocer que la conclusión precedente queda relativizada por las afirmaciones del Comité en el caso *Terán Jijón* ya citado⁶⁰⁰. Allí se discutía la compatibilidad con la garantía en estudio de la iniciación de un segundo procedimiento penal por un elemento del mismo asunto juzgado ya en un primer proceso. En el caso la segunda acusación había sido desestimada por el Tribunal Supremo del Estado parte precisamente por aplicación del *ne bis in idem* local. El Comité entendió entonces que debido a esa desestimación el acusado no había llegado a ser ni juzgado ni sancionado dos veces en el sentido del art. 14 parr. 7 del Pacto. Con lo cual parecería que en este informe la voz “juicio” se toma en un sentido mucho más restringido⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ CDH, *Concluding observations of the Human Rights Committee (Macao) : Portugal*, . . . ya citado, párr. 12. Es interesante destacar que la frase “prohibición de procesar o encausar dos veces a la misma persona por el mismo crimen” utilizado en la versión oficial en castellano se presenta como equivalente de la frase “prohibition on trying a person or placing him/her in jeopardy, twice for the same offence” de la versión en inglés. Algo similar ocurre en CDH, caso *A. R. J. v. Australia*, Comunicación No. 692/1996, ICCPR, A/52/40 vol. II, (CCPR/C/60/D/692/1996), decisión del 28 de julio de 1997, párr. 6.4., en cuya versión oficial castellana se lee, en referencia a la garantía en estudio, que ella: “prohíbe que se procese a alguien dos veces por el mismo delito . . .” Allí la prohibición de procesar se presenta como equivalente a la prohibición de “double jeopardy” de la versión en inglés.

⁶⁰⁰ CDH, caso *Terán Jijón v. Ecuador* . . ., ya citado, párr. 5.4.

⁶⁰¹ *Ibid.* En este caso es interesante destacar como los conceptos “acusación” y “juicio” de la versión oficial castellana del informe se corresponden respec-

El precedente *Terán Jijón* es posterior a la Observación General y anterior al informe sobre Macao, y si a ello se suma el hecho de que el Comité no ha hecho referencia en ningún caso a un cambio de criterio, resulta difícil saber cuál es la doctrina vigente. Sin perjuicio de ello, por los motivos antes mencionados acerca de las posibilidades interpretativas del texto oficial en inglés del art. 14 parr. 7, y por el hecho de que muchos de los riesgos propios del proceso penal tales como restricciones a la libertad o a la vida privada se producen en gran medida también en la etapa previa al juicio y son objeto de garantías adicionales en el texto del Pacto, la comprensión del *ne bis in idem* como prohibición de un segundo proceso más que de un segundo juicio en sentido estricto aparece como la más razonable. Esto implica tomar partido por una concepción de la garantía según la cual lo que se toma en consideración no es solo el doble riesgo de resultar condenado sino también el sufrir por segunda vez los riesgos de restricciones a derechos propios del proceso penal.

Restaría saber finalmente si la existencia de otros actos de la autoridad pública que no constituyan directamente la iniciación de un nuevo proceso penal pero que generen sí la posibilidad cierta de que ello ocurra luego entran ya en el ámbito de aplicación de la garantía analizada desde la perspectiva del Comité. En este sentido, las referencias que pueden extraerse de los pronunciamientos existentes antes reseñados hacen pensar que ese órgano internacional no otorga al *ne bis in idem* semejante extensión, ya que las afirmaciones del Comité oscilan entre considerar violada la garantía cuando se inicia un nuevo proceso o bien cuando se inicia el nuevo juicio, y no antes. Además, no se han podido hallar informes en que la cuestión haya sido desarrollada en términos de “estar sujeto a ser juzgado dos veces” como un problema específico.

Asimismo, los indicios negativos vienen confirmados por el modo en que se ha desarrollado la exigencia de que quienes denuncian una violación de la garantía en el sistema de protección del Pacto

tivamente con los vocablos “indictment” y “trial” de la versión en inglés, acotándose en consecuencia el alcance de la garantía.

planteen previamente la violación ante los tribunales locales. Esta exigencia en principio debería estar vinculada con el agotamiento de los remedios internos como cuestión de admisibilidad de la petición ante el órgano internacional. Sin embargo ha sido mencionada por el Comité como un elemento para acreditar mínimamente la efectiva existencia de la violación de la norma internacional, cuestión que también está vinculada con la admisibilidad de la petición pero que es de naturaleza diferente. Ello ocurrió concretamente en el informe correspondiente al caso *Faurisson*⁶⁰². Allí el requirente planteaba que a partir de unos dichos suyos que habían aparecido en una publicación francesa se lo había sometido a tres procesos penales diversos⁶⁰³. El Estado contestó ese planteo diciendo que el *ne bis in idem* estaba ampliamente reconocido en su derecho interno, y que en caso de existir tal vulneración los órganos pertinentes habrían actuado de oficio poniendo fin a los procesos posteriores, por lo que en realidad el requirente pretendía una aplicación abusiva de la garantía, y en todo caso no había probado la existencia de su vulneración⁶⁰⁴. Al momento de decidir sobre la admisibilidad del pedido el Comité entendió que el requirente no había acreditado suficientemente su alegación precisamente por no plantear la violación de la garantía en los procesos que se le seguían⁶⁰⁵.

⁶⁰² CDH, caso *Faurisson v. France*, Comunicación No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996), observaciones finales del 8 de noviembre de 1996.

⁶⁰³ *Idem*, párr. 3.3 y 5.5. En la versión castellana del informe se lee en este último: “En cuanto a la supuesta violación del párrafo 7 del artículo 14, el autor reafirma que una misma entrevista aparecida en una misma publicación dio origen a tres procedimientos (distintos) ante la XVII Sala de lo Penal del Tribunal de primera instancia de París. Los asuntos se registraron con los números: 1) P. 90 302 0325/0; 2) P. 90 302 0324/1; y 3) P. 90 271 0780/1.”

⁶⁰⁴ *Idem*, párr. 4.6 a 4.8. En este último se lee: “El Estado Parte desestima como evidentemente abusiva la alegación del autor de que fue objeto de otros procedimientos penales basados en los mismos hechos, en el sentido de que la simple existencia de la sentencia de 9 de diciembre de 1992 baste para excluir nuevas acusaciones. En cualquier caso, el Estado Parte aduce que el Sr. Faurisson no ha presentado pruebas de tales acusaciones.”

⁶⁰⁵ *Idem*, párr. 6.3, donde se lee: “Por otra parte, el Comité estimó que, a efectos de la admisibilidad, el autor no había fundamentado su alegación de que se

Resulta interesante verificar entonces que el mero riesgo de que se inicie un nuevo proceso estaría bastante lejos de ser suficiente desde esta óptica para considerar vulnerada la garantía en el sentido del Pacto, cuando el Comité requiere que el propio interesado excite la actividad del Estado enderezada a poner fin a los procedimientos posteriores conforme a la normativa local existente, para que recién entonces, en caso de que tales procedimientos continúen, se pueda tener por probada la existencia de una violación de la garantía consagrada en el instrumento internacional. Si se tratase de una pura y simple exigencia de agotamiento de los recursos internos la posición del Comité no resultaría tan problemática, pues una declaración de inadmisibilidad sobre esta última base obedece al funcionamiento de los órganos internacionales y la configuración de los procedimientos ante ellos pero nada dice acerca de la efectiva existencia de una violación. Pero vincular la prueba de la existencia de la violación del *ne bis in idem* del Pacto al hecho de que el interesado plantee la vulneración del equivalente normativo de la garantía que esté eventualmente consagrado en el derecho local resulta cuando menos discutible. Más aún cuando, como en el caso comentado, el propio Estado había afirmado que la garantía debía aplicarse de oficio en su ordenamiento y no a pedido de parte.

Las observaciones del informe correspondiente al caso *Faurisson* quizás se expliquen si se las toma en la línea de lo decidido en *Terrán Jijón*. En otras palabras, si lo que la garantía prohíbe es el nuevo juicio propiamente dicho, la actividad del requirente orientada a que el Estado ponga fin al segundo proceso antes de que llegue a la etapa de juicio podría ciertamente evitar una vulneración. En todo caso, hasta

había violado su derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. Los hechos del caso no revelaban que el autor hubiese invocado ese derecho en los procedimientos que estaban pendientes contra él. El Comité tomó nota de la afirmación del Estado Parte de que el fiscal y el tribunal estarían obligados a aplicar el principio de non bis in idem si se le invocara y a anular los nuevos procedimientos si estuvieran relacionados con los mismos hechos ya juzgados por el Tribunal de Apelación de París, el 9 de diciembre de 1992. Por consiguiente, el autor no tenía ninguna alegación a este respecto de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.”



que no se llegase al juicio propiamente dicho la violación misma no estaría configurada. De todos modos, y como ya se dijo, esta es una interpretación muy cuestionable que reduce considerablemente la capacidad de rendimiento de la garantía.

B) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1) EXCEPCIONES A LA GARANTÍA

Conforme el texto del art. 14 parr. 7 del Pacto, la consagración del *ne bis in idem* no parece admitir ninguna excepción, quedando en consecuencia prohibido que, luego de una sentencia firme, se reanude un proceso penal concluído o bien se inicie uno nuevo por el mismo delito. Sin embargo, tal como se puso de manifiesto antes al analizar ese concepto de “sentencia firme”, el Comité ha sostenido que es aceptable “la reanudación de un proceso justificada por circunstancias excepcionales⁶⁰⁶”. Recuérdese además que mediante esta afirmación lo que el Comité pretendía era que los Estados parte que hubiesen formulado reservas sobre este aspecto de la garantía las reconsiderasen. En efecto, existen ordenamientos jurídicos locales que permiten el recurso de revisión contra la sentencia firme absolutoria o condenatoria, sobre la base, por ejemplo, de la aparición de nuevos elementos de prueba. Todo ello permite afirmar que la posibilidad de reapertura a la que se refiere el Comité como excepcionalmente admisible abarca los supuestos los que existe ya una sentencia firme (de otro modo no se entendería lo de la “excepcionalidad⁶⁰⁷”).

⁶⁰⁶ CDH, Observación General n° 13, ya citada, párr 19. La afirmación se repite en CDH, Observación General n° 32, ya citada, párr 56, que reemplazó a la 13.

⁶⁰⁷ En efecto, si la existencia de “sentencia firme” es un presupuesto para que la garantía opere, sin tal sentencia no hay *bis in idem*, y ello no constituye ninguna excepción sino más bien la regla general.

Parecería entonces que el Comité está dispuesto a tolerar excepciones al *ne bis in idem*, algo que el art. 4, párr. 2 del Protocolo N° 7 de la Convención Europea consagra expresamente para ese ordenamiento. Lamentablemente las “circunstancias excepcionales” en las que la reanudación sería permisible según el Comité no han sido definidas o explicitadas en su Observación General n° 13 o en su Observación General n° 32, por lo que subsiste en este ámbito una cuestionable incertidumbre sobre los reales alcances de la garantía. Si se tratase por ejemplo del recurso de revisión favorable al imputado contra la sentencia de condena firme, la excepción no merecería reparos pues el mismo principio *pro homine* consagrado en el Pacto habilitaría a que los Estados regulasen tal recurso⁶⁰⁸. Si se tratase en cambio de los supuestos de anulación de la sentencia absolutoria firme por vicios graves como podrían ser los casos de cosa juzgada fraudulenta, la cuestión aparece como más dudosa. Por un lado se podría argumentar que si la anulación de la sentencia implica el cese de todos sus efectos (entre ellos la cosa juzgada), ya no existiría la “sentencia firme” que el Pacto reclama como presupuesto para la aplicación de la garantía y por tanto nada obstaría a la reanudación del caso. Por otro lado se podría sostener que los errores del Estado no deben nunca perjudicar al imputado, salvo quizás cuando éste tuviese una participación directa en el fraguado de la resolución judicial cuestionada (por ejemplo mediante el pago de un soborno). Esta cuestión problemática será oportunamente retomada en relación con los límites del *ne bis in idem* consagrados por ejemplo en los instrumentos que crean tribunales penales internacionales. Por último, si como circunstancia excepcional se considera la mera aparición de nuevos elementos de juicio que señalen a la persona absuelta como responsable, la garantía se vería muy reducida en sus alcances, algo difícilmente aceptable tomando en conside-

⁶⁰⁸ Recuérdese que conforme al art. 5, párr. 2 del Pacto, “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”



ración una vez más que el texto del Pacto no consagra expresamente ninguna excepción.

2) LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL *NE BIS IN IDEM*

En términos similares a los oportunamente mencionados con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, el sistema del Pacto se admite expresamente la suspensión de garantías en situaciones de excepción que pongan en peligro la subsistencia del Estado. Ello está regulado en el art. 4, en cuyo párrafo primero se señalan las circunstancias y las condiciones en que la declaración del estado de excepción y la consecuente suspensión de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto resultan admisibles⁶⁰⁹. Seguidamente, el párrafo 2 de ese mismo artículo enumera un conjunto de derechos que no son susceptibles de suspensión aun cuando se den las circunstancias de excepción. En lo que aquí interesa, hay que señalar que el art. 14 no aparece en ese catálogo por lo que, en principio, parecería que es posible suspender las garantías en él consagradas, entre las que se encuentra el *ne bis in idem*⁶¹⁰. Más aún, en la ya mencionada Observación General n° 13 el Comité ha hecho referencia expresa a la posibilidad de suspensión de las garantías del art. 14 en los siguientes términos:

⁶⁰⁹ Concretamente, en el art. 4, párr. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se lee: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el

derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

⁶¹⁰ En efecto, en el párr. 2 del citado art. 4 se lee: “La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.”

“Si los Estados Partes deciden, en situaciones excepcionales como prevé el artículo 4, dejar en suspenso los procedimientos normales requeridos en virtud del artículo 14, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exija la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones estipuladas en el párrafo 1 del artículo 14⁶¹¹.”

La Observación General n° 32 se ha reiterado la posibilidad de suspensión de las garantías del art. 14, aunque se ha precisado que ello no sería posible cuando éstas se tomen en conjunto con otros derechos no susceptibles de restricción, y que en ningún caso cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial⁶¹².

A partir del texto del art. 4 del Pacto y lo afirmado en los párrafos previos ecorresponde analizar entonces la concreta posibilidad de suspensión del *ne bis in idem* dentro de las garantías del ar. 14. A estos efectos es muy necesario tener en cuenta que, tal como está redactado el mencionado art. 4 la suspensión de garantías se presenta como algo fuera de lo común, y las disposiciones que en este sentido dicten los Estados parte deben estar claramente vinculados con la necesidad surgida de la situación excepcional. En segundo término, debe tomarse en consideración que, según lo afirmado por el Comité en las Observaciones mencionadas, la suspensión del desarrollo normal de los procedimientos no implica que no deban respetarse en lo posible otras condiciones establecidas en el artículo 14. Ello es así por cuanto las garantías judiciales hacen a la idea de tutela judicial efectiva de los derechos. Sin un respeto mínimo de ellas todo el sistema de derechos queda en serio peligro⁶¹³.

⁶¹¹ CDH, Observación General n° 13, ya citada, párr. 4.

⁶¹² CDH, Observación General n° 32, ya citada, párr. 6.

⁶¹³ Si bien el Pacto no hace referencia a la imposibilidad de suspender las garantías judiciales indispensables para la tutela de los derechos no susceptibles de restricción, como sí lo hace la Convención Americana en su art. 27 oportunamente mencionado, ello ha sido deducido como una consecuencia necesaria por el Comité en la citada Observación General n° 32, párr. 6.

En este orden de ideas, y al igual que lo que se sostuviera oportunamente en relación con el sistema interamericano, cuesta imaginar una situación de excepción en la que resulte indispensable para un Estado castigar o someter a proceso dos veces a una misma persona por unos mismos hechos para poder conjurar el peligro que amenaza la subsistencia de la nación. Eventualmente si la circunstancia de excepción ameritara que se trate de manera más rigurosa o se ejerza mayor vigilancia sobre una o varias personas, la posibilidad de suspender algunas de las condiciones de ejercicio de su derecho a la libertad o su vida privada aparece como más razonable a esos efectos. Es por ello que, si bien la prohibición de suspender el *ne bis in idem* no surge del texto del Pacto, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo, de todos modos la posibilidad de suspensión no parece adecuarse razonablemente a esta garantía.

3) UN PACTO INTERNACIONAL, UNA GARANTÍA DE ALCANCE LOCAL

Oportunamente se vio que el art. 4 del Protocolo N° 7 a la Convención Europea consagra el *ne bis in idem* mencionando que no se puede ser penado o procesado dos veces en la “jurisdicción del mismo Estado”. El art. 14 del Pacto no es tan claro sobre la cuestión. Sin embargo, hace referencia a que la garantía opera luego de una sentencia firme conforme a la ley y el procedimiento penal “de cada país”. El uso de este último giro, sumado al hecho de que la posibilidad de aceptar un *ne bis in idem* internacional de alcances amplios no ha logrado suficiente consenso en el Derecho Internacional permiten entender por qué los delegados que trabajaron en la redacción del Pacto consideraron efectivamente que éste no vedaba que un Estado juzgase de acuerdo con sus leyes a personas ya penadas por el mismo delito ante tribunales de otro país⁶¹⁴.

Conforme lo expuesto, resulta explicable la decisión del Comité de sostener, sin dar lamentablemente ningún fundamento, que la ga-

⁶¹⁴ BOSSUYT, ob. cit., pág. 316.

rantía solamente opera dentro de la jurisdicción de un mismo Estado. Ello ocurrió concretamente en el caso *A.P.*, donde un sujeto condenado en Suiza por complicidad en la conspiración para colocar el dinero proveniente del rescate de una persona secuestrada previamente en Italia, planteó ante el Comité la violación de la garantía en estudio precisamente porque este último Estado lo había condenado posteriormente por el mismo delito⁶¹⁵. Al resolver el Comité se limitó a sostener que la petición era inadmisibles por cuanto el Pacto solo consagra el *ne bis in idem* en relación con los delitos juzgados en el mismo Estado⁶¹⁶. Esta interpretación fue confirmada posteriormente en el caso *A.R.J.*, donde el Comité citó expresamente lo sostenido en *A.P.* utilizando iguales términos con la misma ausencia de fundamentación⁶¹⁷.

En conclusión, aunque el texto del Pacto no exige necesariamente una limitación de la garantía al plano local, lo cierto es que esa interpretación se ha impuesto ampliamente.

⁶¹⁵ CDH, caso *A. P. v. Italy*, Comunicación No. 204/1986, ICCPR, A/43/40, decisión del 2 de noviembre de 1987, párr. 2.1 y 2.2.

⁶¹⁶ *Idem*, párr. 7.3, que puede traducirse del siguiente modo: “En lo que respecta a la admisibilidad de la comunicación bajo el artículo 3 del Protocolo Adicional, el Comité ha examinado la objeción del Estado parte de que la comunicación es incompatible con las disposiciones del Pacto, por cuanto el artículo 14, párrafo 7, del Pacto, que el autor invoca, no garantiza el *non bis in idem* respecto de la jurisdicción nacional de dos o más Estados. El Comité observa que esta disposición prohíbe el *double jeopardy* solo con respecto a un delito juzgado en un Estado dado.”

⁶¹⁷ CDH, caso *A. R. J. v. Australia*, ya citado, párr. 6.4., en cuya versión oficial castellana se lee: “El autor ha denunciado una violación del párrafo 7 del artículo 14, porque considera que, de ser deportado al Irán, un nuevo juicio en ese país le expondría al peligro de ser juzgado dos veces por unos mismos hechos. El Comité recuerda que el párrafo 7 del artículo 14 del Pacto no garantiza el *non bis in idem* respecto de las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados -esta disposición únicamente prohíbe que se procese a alguien dos veces por el mismo delito sólo respecto de delitos enjuiciados en un Estado dado (. . .) Por consiguiente, esta denuncia es inadmisibles *ratione materiae* en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo, por ser incompatible con las disposiciones del Pacto.”

CAPÍTULO VII
EL *NE BIS IN IDEM* EN EL CONVENIO
DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN
Y EN OTRAS NORMAS DE LA UNIÓN EUROPEA

A) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN EN LA NORMATIVA DE SCHENGEN

1) CUESTIONES GENERALES

Para encarar el análisis sobre el sentido y alcance de las cláusulas de *ne bis in idem* de las diferentes normas de la Unión Europea, es bueno tomar como punto de partida para el análisis las disposiciones pertinentes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que en su momento regularon en forma más amplia y directa la garantía. Sobre ellas surgió una importante doctrina jurisprudencial que intentó resolver los principales problemas interpretativos. Sin perjuicio de ello, se hará también referencia a otras normas comunitarias que también han regulado la cuestión desde diferentes perspectivas, en especial la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

En lo que hace al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, este integra lo que dentro de la Unión Europea se ha dado en llamar el “acervo de Schengen”. Ese acervo fue conformado por los siguientes instrumentos:

a) El Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 en la ciudad luxemburguesa Schengen por los Estados de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes.

- b) El Convenio de Aplicación de ese Acuerdo, firmado el 19 de junio de 1990, que establece una serie de medidas de cooperación vinculadas con esos controles.
- c) Los protocolos y los instrumentos de adhesión de otros Estados a esos dos instrumentos, las declaraciones y los actos adoptados por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio, así como los dispuestos por las instancias a las que ese Comité asignó competencias decisorias.

El conjunto de instrumentos que constituyeron el acervo de Schengen fue sumado al marco de la Unión Europea en el Protocolo n° 2, anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Así, según el artículo 2, apartado 1, párrafo primero, de este Protocolo, el acervo de Schengen rige en los Estados de la Unión enumerados en el artículo 1, a los se fueron luego agregando los países que se incorporaron con posterioridad a la Unión.

Según el preámbulo del Protocolo n° 2, mediante la incorporación del acervo de Schengen a la normativa de la Unión se buscaba potenciar la integración en Europa y, en particular, propiciar que la Unión se convirtiese con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, párrafo segundo del Protocolo, el Consejo adoptó, el 20 de mayo de 1999, las decisiones 1999/435 y 1999/436, en las que se determinaron las bases jurídicas de las normas que integran el acervo de Schengen conectándolas con ciertos preceptos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea que se consideraron pertinentes.

Ya pasando a la garantía en estudio, hay que destacar que el título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen tiene la rúbrica “Policía y seguridad”, y se inicia con un capítulo dedicado a la “Cooperación policial” (artículos 39 a 47). El capítulo siguiente se ocupa de la “Asistencia judicial en materia penal” (artículos 48 a 53). Luego, el capítulo tercero, tiene la rúbrica “Aplicación del principio *non bis in idem*”, y se compone de los artículos 54 a 58. En particular, conforme el artículo 2 y el anexo A de la mencionada deci-

sión 1999/436 del Consejo, la normativa de Schengen sobre la garantía en estudio tiene su base jurídica en los artículos 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea⁶¹⁸.

En los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen se reguló entonces la vigencia intraeuropea de la garantía en estudio del modo que sigue:

“CAPÍTULO III: Aplicación del principio ‘non bis in idem’

Artículo 54.

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.

Artículo 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 siguientes supuestos:

- a) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese 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.
- b) 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.

⁶¹⁸ El artículo 31, trata en general sobre el significado y alcances de la cooperación judicial en materia penal dentro de la Unión. El artículo 34, se destaca por la regulación de mecanismos de consulta y decisión en el marco de la Unión para fortalecer el logro de esos objetivos.

c) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

2. Las Partes contratantes que hayan hecho una declaración relativa a la excepción mencionada en la letra b) del apartado 1 deberán precisar las categorías de infracciones a las que podrá aplicarse dicha excepción.

3. Las Partes contratantes podrán retirar en cualquier momento la declaración relativa a una o varias de las excepciones mencionada en el apartado 1.

4. Las excepciones que hayan sido objeto de una declaración con arreglo al apartado 1 no se aplicarán cuando, para los mismos hechos, la Parte contratante interesada haya solicitado la persecución a la otra Parte contratante o haya concedido la extradición de la persona de que se trate.

Artículo 56.

Si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte contratante, de la sanción que, en su caso, se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de esta última Parte contratante por tales hechos. También se tendrán en cuenta en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado.

Artículo 57.

1. Cuando una persona esté acusada de una infracción por una Parte contratante cuyas autoridades competentes consideren que la acusación se refiere a los mismos hechos por los que ya fue juzgada en sentencia firme

por otra Parte contratante, dichas autoridades solicitarán, si lo estiman necesario, las informaciones pertinentes a las autoridades competentes de la Parte contratante en cuyo territorio ya se hubiere dictado una resolución judicial.

2. Las informaciones solicitadas se remitirán cuanto antes y serán tenidas en cuenta para el curso que deba darse al procedimiento entablado.

3. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, cada Parte contratante designará a las autoridades que estarán autorizadas para solicitar y recibir las informaciones contempladas en el presente artículo.

Artículo 58.

Las disposiciones anteriores no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.”

La regulación es, como puede verse, bastante extensa, ello no es habitual en la normativa existente sobre *ne bis in idem* en otros ordenamientos. Las disposiciones transcritas reproducen además con exactitud el texto los artículos 1 a 5 (respectivamente) del Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *non bis in idem*, firmado en Bruselas el 25 de mayo de 1987. Ese instrumento, que tendía a la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal, nunca fue ratificado más que por unos pocos Estados miembros⁶¹⁹.

En una primera aproximación a las normas bajo análisis, puede decirse que el art. 54 del Convenio consagró la garantía, el art. 55 señaló un conjunto de excepciones posibles a la aplicación de ella, el art. 56 dispuso la obligatoriedad de tomar en consideración las restricciones a la libertad y otras sanciones impuestas en el primer proceso al momento de aplicar una segunda condena, el art. 57 estableció una serie de disposiciones sobre solicitud y entrega de información acerca del primer proceso para utilizarla en el segundo, y el art. 58 declaró

⁶¹⁹ El texto de esa Convención y el estado de su ratificación puede consultarse *on line* en el sitio http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/polju/EN/EJN231.pdf. Véase además en este sentido DANNECKER, Gerhard, “La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José M., *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 166.

que esta normativa se subordina a cualquier legislación de un Estado parte que consagre un *ne bis in idem* internacional en términos más amplios.

Es importante destacar que en el análisis que se realizará a continuación aparecerán varias referencias al Tribunal de Justicia Europeo (que hasta fines de 2009 se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en relación con la garantía en estudio. Ello es así en virtud de que el Tratado de Amsterdam extendió en su momento las competencias prejudiciales del Tribunal de Justicia al llamado tercer pilar de la Unión (justicia y asuntos interiores). Se abrió entonces la posibilidad de que, mediando un pedido de los órganos jurisdiccionales nacionales, dicho Tribunal deba pronunciarse sobre la validez y la interpretación de las decisiones marco tomadas por el Consejo, como así también de las decisiones y de las medidas de aplicación de los convenios vigentes sobre cooperación policial y judicial en materia penal. También es posible que estos pronunciamientos del Tribunal de Justicia versen sobre la interpretación de los convenios, de acuerdo con el artículo 35, apartado 1 del Tratado de la Unión Europea⁶²⁰. Sin embargo, su jurisdicción en estos temas es dispositiva. Para hacerse efectiva tiene que ser aceptada por los Estados miembros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35, apartado 2 del mismo Tratado⁶²¹.

Más concretamente, en virtud del Protocolo por el que se incorporó a la normativa de la Unión el acervo de Schengen y de las ya

⁶²⁰ El texto de la versión oficial en castellano de ese apartado reza: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente, con arreglo a las condiciones que establece el presente artículo, para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de convenios celebrados de conformidad con el presente título y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación.”

⁶²¹ Este segundo apartado, en su versión castellana, concretamente dispone: “Mediante una declaración realizada en el momento de firmar el Tratado de Amsterdam o en cualquier momento posterior, cualquier Estado miembro podrá aceptar la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, tal como se especifica en el apartado 1.”

mencionadas decisiones del Consejo números 1999/435 y 1999/436, las disposiciones sobre *ne bis in idem* del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen pasaron a ser objeto de interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia.

Se hará referencia asimismo a otras sentencias del Tribunal de Justicia que tratan la garantía dentro de la problemática específica de las sanciones impuestas por otras instituciones comunitarias. Tales sentencias sirven para iluminar el sentido y el alcance que el Tribunal le otorga al *ne bis in idem*. De todos modos cabe aclarar que no siempre es posible extrapolar los puntos de vista dados en este otro ámbito para entender las cláusulas de Schengen, ya que no se trata en estos casos de la específica interpretación del Convenio sino de una consideración más genérica de la garantía como principio del derecho comunitario europeo. En efecto, aún antes de la existencia de los Convenios de Schengen, o de la propia Unión Europea como tal, el Tribunal de Justicia comenzó a aplicar la garantía en áreas como las sanciones disciplinarias de los órganos comunitarios a su personal o el derecho de defensa de la competencia, y lo sigue haciendo en la actualidad⁶²².

También es relevante recordar que todo este análisis se centra en los alcances de la aplicación internacional de la garantía entre los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, y entre los órganos

⁶²² El caso comunmente considerado como el punto de partida de esta aplicación es TJE, asuntos acumulados 18/65 y 38/65, caso *Max Gutmann v. Commission of the EAEC*, sentencia de 15 de marzo de 1967, donde la garantía se trató en vinculación con una sanción disciplinaria impuesta por un órgano comunitario a uno de sus funcionarios. Los primeros antecedentes de aplicación de la garantía a la problemática del derecho de la competencia se dan en TJE, asunto 14/68, caso *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt*, sentencia de 13 de febrero de 1969, y en TJE, asunto 7/72, caso *Boehringer Mannheim*, sentencia de 14 de diciembre de 1972. Esta aplicación de la garantía al ámbito de la competencia sigue operando en la actualidad. Véase por ejemplo TJE, asuntos acumulados C-238/99 y varios otros, caso *Limburgse Vinyl Maatschappij*, sentencia de 15 de octubre de 2002, párr. 57. Otro tanto puede decirse del ámbito disciplinario. En este sentido véase TJE, asunto T-333/99, caso *X c. Banco Central Europeo*, Sentencia de 18 de octubre de 2001, párr. 147 a 153.

comunitarios y los Estados miembros⁶²³. El *ne bis in idem* interno de los Estados europeos está regulado por las legislaciones locales y (para algunos de ellos) por las disposiciones del art. 4 del ya mencionado Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos que ya fue oportunamente analizado⁶²⁴.

De lo que se trata entonces aquí es de un *ne bis in idem* que es internacional pero en principio ceñido al ámbito intraeuropeo. Se trata en definitiva de una versión de la garantía en la que se entremezclan las cuestiones de protección de la persona con aspectos de conflictos de jurisdicción entre Estados y límites al reconocimiento de sentencias y a la cooperación en materia penal⁶²⁵.

2) EL TITULAR DE LA GARANTÍA

La prohibición de *bis in idem* es, como quedara dicho ya varias veces a lo largo de este trabajo, una garantía que protege a quienes son perseguidos o sancionados penalmente por segunda vez. En todas sus formulaciones suele surgir con bastante claridad que es una garantía de las personas imputadas. Sin embargo, se hace necesario especificar si los sujetos protegidos son únicamente las personas humanas, o si también resultan protegidas las personas jurídicas.

En primer lugar cabe destacar que, en los primeros reconocimientos jurisprudenciales de la garantía por parte del Tribunal de Justicia a los que se hiciera referencia en el punto previo, la prohibición parece ser sin dudas abarcativa de las sanciones y los procesos contra personas jurídicas. Ello se ha puesto especialmente de manifiesto en los muchos casos sobre sanciones por infracciones al derecho de la

⁶²³ Este último supuesto se circunscribe a las sanciones administrativas, ya que hasta el día de la fecha ningún órgano comunitario tiene competencias penales.

⁶²⁴ Ver capítulo V.

⁶²⁵ Sobre las funciones del *ne bis in idem* en el contexto internacional véase VAN DEN WYNGAERT, Christine y STESSENS, Guy, "The International *Non Bis In Idem* Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4. (Oct., 1999), págs. 782 a 786.

competencia, ámbito en el que rige la siguiente comprensión del *ne bis in idem*:

“En el ámbito del Derecho de la competencia comunitario, dicho principio prohíbe que se condene a una empresa o que la Comisión inicie de nuevo un procedimiento sancionador en su contra por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que la Comisión la ha declarado no responsable mediante una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso⁶²⁶.”

Como es posible apreciar, la referencia a las empresas como sujetos amparados por la prohibición es bien explícita. Sin embargo, ello no permite establecer todavía si las regulaciones sobre *ne bis in idem* del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen también incluyen a las personas jurídicas. Hay que tener en cuenta que en el Derecho de la competencia lo que se prohíbe es la doble persecución y sanción por parte de un mismo órgano de la Unión Europea. En cambio el Convenio regula la prohibición de segunda persecución o sanción por un Estado diferente del que persiguió en primer término. En este sentido, conviene tener en cuenta también que el mismo Tribunal de Justicia afirma que el fundamento de la versión Schengen de la garantía es el siguiente:

“El artículo 54 del CAAS (. . .) pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros (. . .)”⁶²⁷

La expresa vinculación entre el derecho a la libre circulación y una prohibición orientada a vedar las persecuciones y sanciones repe-

⁶²⁶ TJE, asunto T-223/00, caso *Kyowa Hakko*, sentencia del Tribunal de primera instancia (sala cuarta) de 9 de julio de 2003, párr. 97.

⁶²⁷ TJE, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, casos *Hüseyin Güzütok* y *Klaus Brügge*, sentencia de 11 de febrero de 2003, párr. 38.

tidas en diferentes Estados de la Unión Europea, hace pues dudar seriamente sobre la aplicabilidad de ella a otros sujetos distintos de las personas físicas. La cuestión no se ha planteado de todos modos directamente.

3) DOBLE PUNICIÓN-DOBLE ENJUICIAMIENTO

Como puede verse en la transcripción de las cláusulas del Convenio efectuada en el acápite previo, el art. 54 es el que consagra la garantía. Allí se menciona que ella opera cuando “una persona haya sido juzgada por sentencia firme” y señala que luego de eso “no podrá ser perseguida”. No hay en esa afirmación ninguna referencia a que se trate exclusivamente de una condena o exclusivamente de una absolución previa. Tampoco se dice que lo único prohibido sea la “sanción” posterior (siempre, o hasta un cierto límite, o computando la pena previamente impuesta). Más bien parecería que el “no ser perseguido” incluye todas estas alternativas. En principio es posible sostener entonces que la norma consagra tanto la prohibición de doble punición como la de doble enjuiciamiento, es decir tanto la vertiente sustantiva como la procedimental de la garantía.

Sin embargo, el mismo artículo contiene una frase que puede generar dudas sobre sus verdaderos alcances. En efecto, seguidamente se agrega la salvedad de que la garantía opera “siempre que”, en caso de condena previa, la sanción se haya ejecutado, o se esté ejecutando, o no pueda ya ejecutarse de acuerdo con la legislación del Estado donde se dictó esa primera condena. Surge entonces la duda de cómo debe interpretarse esta suerte de excepción a la garantía. Aunque sobre ello se volverá luego al tratar separadamente las distintas excepciones contenidas en el Convenio, en principio puede afirmarse que se trata de un agregado que resulta operativo sólo en los casos de condena previa, pero que eso, lejos de significar que estén excluidos los casos de anterior absolución, más bien vendría a confirmar que están incluidos. En otras palabras, la salvedad regiría solo para ciertos casos de condena anterior y no para otros, ni para los de absolución previa que

la primera parte del artículo también incluye al referirse genéricamente a persona juzgada por sentencia firme⁶²⁸.

a) El estado actual de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia ha asumido claramente la interpretación antes propuesta, sobre todo a partir del caso *van Straaten*, donde expresó lo siguiente:

“La proposición principal contenida en la única oración que forma el artículo 54 del CAAS no hace ninguna referencia al contenido de la sentencia convertida en sentencia firme. El artículo 54 del CAAS sólo contempla la hipótesis de una condena en la proposición subordinada, estableciendo que, en ese caso, la prohibición de persecución penal queda sometida a una condición específica. Si la norma general enunciada en la proposición principal sólo se aplicara a las sentencias condenatorias, sería superfluo precisar que la norma especial es aplicable en caso de condena⁶²⁹.”

A esas consideraciones sobre la literalidad de la norma el Tribunal agregó otros argumentos orientados a reforzar su punto de vista desde algunos de los principios fundantes de la Unión Europea. Así,

⁶²⁸ El carácter condicional de la aplicación de esa excepción solo en algunos supuesto de condena previa viene reforzado por la versión en inglés del Convenio, que utiliza el giro: “if a penalty has been imposed”, lo que literalmente puede traducirse como “si se hubiera impuesto una pena”. Esto transmite de manera más clara la idea de que la primera parte del artículo se refiere también a los supuestos en los que no se impuso ninguna pena. Es decir, a las absoluciones en sentido lato (ya se desarrollará luego, al analizar el concepto de “sentencia firme”, a qué tipo de resoluciones hace referencia el Convenio).

⁶²⁹ TJE, asunto C-150/05, caso *Jean Leon van Straaten*, sentencia de 28 de septiembre de 2006, párr. 56. En este análisis y en los fundamentos el Tribunal sigue las interpretaciones del Abogado General que ante él actúa, que en este y otros casos venía pronunciándose a favor de una consideración amplia de la garantía. Véase RUIZ JARABO, Dámaso, Conclusiones del abogado general presentadas el 8 de junio de 2006, asunto C-150/05, párr. 51.

mencionó el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular libremente por ella, viéndose libres del riesgo penal una vez que, por ciertos hechos, han obtenido en cualquiera de los Estados miembros una resolución de cualquier signo sobre el fondo del asunto⁶³⁰.

Por su parte el Abogado General también había utilizado para reforzar este punto de vista criterios adicionales vinculados con la idea de que la norma señalada se asienta sobre la lógica del procedimiento equitativo y que el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al consagrar el *ne bis in idem* hace referencia expresa a una “sentencia previa condenatoria o absolutoria”⁶³¹. Asimismo había hecho hincapié en la importancia de la confianza mutua entre los Estados al constituir la Unión Europea, resaltando que esa confianza implica que a pesar de las diferencias existentes en las normas penales de cada país, los resultados a los que se llega mediante los procesos seguidos en cada Estado se equiparan en función de valores comunes. De este modo, un Estado miembro debe abstenerse de revisar cualquier resolución por la que se exprese el *ius puniendi* de otro, independientemente de su sentido condenatorio o absolutorio⁶³². El Tribunal retomó en *van Straten* la idea de confianza, diciendo que la incoación de un nuevo proceso con posterioridad a una absolución por falta de pruebas minaría los principios de seguridad jurídica y confianza legítima⁶³³.

Como puede verse, las afirmaciones del Tribunal de Justicia constituyen una interpretación muy plausible de la normativa de

⁶³⁰ *Idem*, párr. 57, 58 y 59. Aquí también el Tribunal se apoya en las Conclusiones del Abogado General antes citadas, párr. 56 a 60.

⁶³¹ RUIZ JARABO, Dámaso, Conclusiones. . . ya citadas, párr. 53. La observación es exacta en cuanto al texto de la Carta que será analizado luego.

⁶³² *Idem*, párr. 61 a 63.

⁶³³ TJE asunto C-150/05, caso *van Straaten*. . . , ya citado, párr. 59, donde la idea de confianza aparece en conexión con el ya señalado interés del imputado de no ser perseguido en múltiples oportunidades. Sin embargo previamente el Tribunal de Justicia había expresado esa idea en términos más generales referida a las relaciones entre los Estados de la Unión. Véase TJE asunto C-436/04, caso *Leopold Henri Van Esbroeck*, sentencia de 9 de marzo de 2006, párr. 30.

Schengen sobre *ne bis in idem*, y van perfilando sus contornos definitivos en contra del criterio sostenido por algunos de los Estados miembros que de todos modos tenían sus razones para abogar por una consideración más limitada⁶³⁴. La actual concepción del Tribunal de Justicia tiende además a aumentar el alcance de la garantía y a reforzar el reconocimiento recíproco de las decisiones penales dictadas por los diferentes Estados de la Unión Europea. La propia Comisión de las Comunidades Europeas entiende además que se trata de una interpretación ampliamente reconocida en la actualidad⁶³⁵.

De todos modos corresponde aclarar que el Tribunal ya había hecho definitivamente suyos buena parte de estos argumentos y de esta concepción amplia de la garantía en el caso *Van Esbroeck*, donde con mucha claridad había expresado que el artículo 54 del Convenio:

“. . . pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados contratantes (. . .) [E]ste derecho a la libre circulación sólo se garantiza efectivamente si el autor de un acto sabe que, una vez condenado y cumplida su pena, o, en su caso, tras haber sido absuelto definitivamente en un Estado miembro, puede trasladarse dentro del espacio Schengen sin miedo a que se le persiga en otro Estado miembro porque dicho acto

⁶³⁴ Consta en las citadas conclusiones del Abogado General (párr. 54 y 55) la oposición de Austria y España a considerar la vertiente procedimental de la garantía. La crítica va de todos modos demasiado lejos, pues se cuestiona que España haya fundado la garantía en la idea de proporcionalidad, proponiendo una consideración a la gravedad del delito. La crítica es excesiva pues se habla de un “yerro”, y sin embargo ya se ha visto en el capítulo sobre fundamentación que la idea de proporcionalidad juega un papel muy relevante tanto en la vertiente sustantiva como en la procedimental del *ne bis in idem*.

⁶³⁵ Véase Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, Bruselas, 23 de diciembre de 2005, SEC (2005) 1767, pág. 46, donde se lee: “. . . it is now widely recognised that Article 54 CISA covers both convictions and acquittals.”

constituya una infracción distinta en el ordenamiento jurídico de ese último Estado miembro⁶³⁶.”

Esta jurisprudencia es fruto de una evolución que se asienta sobre manifestaciones previas un poco menos claras a favor de esta interpretación. La ampliación en la doctrina del Tribunal comenzó a darse a partir de la sentencia dictada para los casos unificados *Gözütok* y *Brügge*. En ella concretamente se afirmó que es posible considerar aplicable la garantía del Convenio cuando media una decisión del Ministerio Público que, antes de una decisión jurisdiccional condenatoria o absolutoria, extingue la acción penal sobre la base de un acuerdo con el imputado y el pago de una multa⁶³⁷. Sobre este tema se volverá luego, al discutir específicamente el requisito de “sentencia firme”. Pero en lo que ahora interesa, la argumentación que el Tribunal utilizó para llegar a esa conclusión tenía ya entonces un carácter más general y prefiguraba los amplios alcances actuales del *ne bis in idem* entre los Estados de la Unión Europea. Así, se puede destacar en primer lugar que según esa sentencia, la garantía consagrada en el art. 54 del Convenio:

“... implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente⁶³⁸.”

⁶³⁶ TJE asunto C-436/04, caso *Leopold Henri Van Esbroeck*, sentencia de 9 de marzo de 2006, párr. 33 y 34. Véase también comentario a esta sentencia por FERNÁNDEZ, Fructuoso J., “Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schengen”, en *La Ley*, año XXVII, número 6496, Madrid, 2006, págs. 1 a 5.

⁶³⁷ TJE, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, casos *Hüseyin Gözütok* y *Klaus Brügge*, sentencia de 11 de febrero de 2003, párr. 48.

⁶³⁸ *Idem*, párr. 33.

Esta aproximación al tema se conectaba ya con la idea de que el fundamento actual de la internacionalización de la garantía en el contexto de la Unión reposa en la necesidad de crear un espacio de seguridad y justicia común⁶³⁹.

Lo que faltó en este precedente fue la referencia explícita al supuesto de absolucón previa. Nótese también que el Tribunal ya hablaba aquí en términos de evitar que la persona se vea nuevamente “perseguida”, y eso sin dudas prefiguraba los amplios alcances actuales de la garantía. Sin embargo, frente a precedentes anteriores que hablaban en otros términos podían generarse dudas sobre si la prohibición vedaba únicamente que la persona fuera nuevamente penada o más bien, penada en exceso. Esas dudas pueden ser despejadas con una relectura de *Gözütok* a la luz de la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia. Así, queda claro que tanto cuando hay absolucón como cuando hay condena previa o una resolucón previa con efectos de índole sancionatoria y reparatoria por los que se expresa la potestad penal de un Estado miembro, queda prohibida toda persecucón penal posterior en otro. No resulta entonces suficiente que en el procedimiento posterior se “tome en cuenta” la sanción precedente para poder aplicar una condena. En definitiva, la lectura actual de los términos del Convenio expresa una opción por la siguiente interpretacón:

El art. 54 consagra la garantía, el art. 55 las excepciones y recién en el art. 56 se menciona la obligacón de computar o deducir (al momento de imponerse una condena en el segundo procedimiento) la sanción previa u otras restricciones a la libertad que el imputado hubiera sufrido. El *ne bis in idem* del Convenio ya no puede ser reducido a esto último. Si así fuera, todo el artículo 54 resultaría superfluo. La lectura adecuada es entonces considerar que la ubicacón sistemática del art. 56, luego de las excepciones consagradas en el art. 55, implica que esa deduccón de las sanciones y restricciones previas se torna operativa únicamente en los casos en que resulta de aplicacón de alguna de las excepciones previstas. Sólo en tales situaciones el Estado

⁶³⁹ *Idem*, párr. 38.

podría efectivamente llevar adelante el segundo proceso, y aún así se verá obligado al mencionado descuento de las sanciones o restricciones impuestas previamente en otro Estado miembro a esa misma persona y por los mismos hechos. El art. 56 viene a ser en definitiva la consagración de lo que la doctrina reconoce bajo la denominación alemana de *Anrechnungsprinzip*⁶⁴⁰, que puede traducirse como “principio de cómputo”⁶⁴¹. Tal principio vendría a constituir una versión mínima del *ne bis in idem* sustantivo que operaría siempre, aún cuan-

⁶⁴⁰ Véase entre otros, VERVAELE, John A.E., “The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, en *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue 2 diciembre de 2005, pág. 106; VAN DEN WYNGAERT, Christine y STESSENS, Guy, “The International *Non Bis In Idem* Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4. (Oct., 1999), págs. 793, 794.

⁶⁴¹ La voz alemana *Anrechnung*, de la cual deriva el compuesto *Anrechnungsprinzip*, puede traducirse también literalmente como “imputación”. Sin embargo el significado técnico preciso que este último vocablo castellano ha adquirido en la literatura jurídico penal de habla hispana en relación con la teoría de la imputación objetiva (traducción a su vez de la expresión germana *Objektive Zurechnung*) hacen desaconsejable su reiteración en este ámbito. El giro seleccionado “principio de cómputo” es el utilizado en la versión oficial castellana de la rúbrica del art. 5 del proyecto griego para una Decisión Marco sobre *ne bis in idem* (véase Consejo UE, Actos legislativos y otros instrumentos, documento n° 7246/03, *Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio “ne bis in idem”*, art. 5) Ese art. 5, si la propuesta griega de reemplazar el Convenio por una Decisión Marco hubiera prosperado, hubiese sido el equivalente funcional al actual art. 56. Otras variantes podrían ser “principio de no acumulación” (frase utilizada por el Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal, sentencia 380/2003, de 22 de diciembre de 2003, párr. 4), “principio de deducción” (VAN DEN WYNGAERT y STESSENS, ob. cit., pág. 793), o cualquiera de las posibles traducciones castellanas de la voz inglesa *accounting principle* que ha sido la utilizada en la versión en ese idioma de la propuesta de Friburgo (BIEHLER, Anke, KNIEBÜHLER, Roland, LELIEUR FISCHER, Juliette y STEIN, Sibyl (eds.), *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, publicación oficial del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Iuscrim, Friburgo, 2003, Sección 3, § 11, págs. 35, 36).

do se aceptaran excepciones a una consagración más amplia de la garantía⁶⁴².

b) La incidencia en la cuestión de la jurisprudencia más específica del Tribunal en materia de defensa de la competencia

Es importante destacar que la comprensión *ne bis in idem* internacional dentro de la Unión Europea exclusivamente como un descuento de las sanciones impuestas previamente por otro Estado o por un órgano internacional era exactamente lo que venía sosteniendo el mismo Tribunal de Justicia en sus primeros precedentes sobre la garantía. También es cierto que tales precedentes eran anteriores a la normativa de Schengen, y se referían más que nada al ámbito del derecho de la competencia.

Así por ejemplo en el viejo caso *Walt Wilhelm* el Tribunal debió responder a una consulta en la que se le planteaba si el riesgo de que tanto las autoridades nacionales como las comunitarias impusieran sanciones por unos mismos hechos constitutivos de violaciones al derecho de la competencia vedaba necesariamente que cada una de ellas iniciara separadamente procedimientos a ese fin⁶⁴³. A esa consulta el Tribunal respondió lo siguiente:

“La posibilidad de sanciones concurrentes no necesariamente significa que la posibilidad de dos procedimientos paralelos que buscan fines diferentes sea inaceptable. (. . .) [L]a aceptabilidad de un doble procedimiento de este tipo se sigue de hecho del especial sistema de distribución de jurisdicción entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de Competencia. Sin embargo, si la posi-

⁶⁴² La idea del principio de cómputo como un estándar mínimo de garantía aparece resaltada por ejemplo en la propuesta de Friburgo citada en la nota previa, donde se afirma: “*The principle of accounting has to be regarded as a minimum protective standard which guarantees the proportionality of sanctions in those cases in which a second proceeding exceptionally takes place.*” (BIEHLER *et. al.*, ob. cit., p. 35). Ver también BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 243.

⁶⁴³ Véase TJE, caso *Walt Wilhelm*. . ., ya citado, párr. 10.

bilidad de que dos procedimientos conducidos separadamente llevara a la imposición de sanciones consecutivas, una exigencia general de justicia natural, como la expresada al final del segundo párrafo del artículo 90 del Tratado CECA, demanda que cualquier decisión punitiva previa sea tomada en cuenta al determinar cualquier sanción que se vaya a imponer⁶⁴⁴.”

Repárese en que el Tribunal afirmaba en este antiguo precedente que no están vedados los procedimientos sancionadores concurrentes, y que la única limitación está dada por la toma en consideración de la sanción previa, por aplicación analógica del artículo 90 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, que expresamente disponía ese límite a las sanciones dispuestas por órganos nacionales e internacionales en relación con las cuestiones que hacían a su ámbito de aplicación⁶⁴⁵. Sin embargo, las consecuencias de esta sentencia, dictada con anterioridad a la creación de la Unión Europea y con específica referencia a la normativa sobre competencia, no pueden ser extrapoladas a la interpretación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen a la luz de la nueva jurisprudencia específica del Tribunal de Justicia.

Es cierto que en *Gözütok* o en *Van Esbroeck* el Tribunal nunca dijo expresamente que dejaba sin efecto su jurisprudencia anterior⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ *Idem*, párr. 11.

⁶⁴⁵ El art. 90 del tratado en cuestión dispone: “Si un hecho cometido por una empresa en violación al presente tratado también constituye una violación de una obligación establecida en la legislación del Estado del cual la empresa en cuestión es súbdita, y si una acción legal o administrativa se instituye en contra de la empresa en cuestión bajo esa legislación, el Estado en cuestión informará entonces a la Alta Autoridad, que puede suspender su acción (. . .) Si la Alta Autoridad suspende la acción, deberá mantenerse informada del estado de los procedimientos y permitirle producir documentación pertinente, dictámenes periciales y evidencia. También deberá ser informada de la decisión final tomada en el caso, y **deberá tomar en cuenta esa decisión al determinar cualquier sanción que se vea inclinada a pronunciar.**” (Sin destacado en el original)

⁶⁴⁶ En este sentido véase TSE, Sala de lo Penal, sentencia 380/2003, de 22 de diciembre de 2003, párr. 4. En ese extenso párrafo el Tribunal Supremo de España hace un profundo repaso de las disposiciones sobre aplicación internacional del

Sin embargo, aún en el ámbito más acotado del derecho comunitario de defensa de la competencia en sentencias más recientes el Tribunal ha definido al *ne bis in idem* en términos más amplios. Así por ejemplo, en *Limburgse Vinyl Maatschappij* el Tribunal expresó lo siguiente:

“[E]l principio *non bis in idem*, principio fundamental del Derecho comunitario, recogido además en el artículo 4, apartado 1, del Protocolo n. 7 del CEDH, prohíbe, en materia de competencia, que se condene o se inicie un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso⁶⁴⁷.”

ne bis in idem que existen en los distintos ordenamientos penales y procesal-penales de los países miembros de la Unión Europea. Así, llega a la correcta conclusión de que en la mayoría de ellos sólo se permite una versión limitada de la garantía, que sólo resulta de aplicación en caso de sentencia condenatoria previa dictada en otro Estado, y al único efecto de tomar en consideración la sanción impuesta para deducirla de la que en definitiva se imponga en el proceso local. También analiza el ponente los alcances del principio en el derecho de la Unión Europea, y llega a la conclusión de que el art. 54 del Convenio entendido cabalmente desde la voluntad de los Estados miembros (que puede ser bien entendida precisamente a partir de lo dispuesto en sus ordenamientos) no tiene alcances diferentes. De este modo, al analizar los términos de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el caso *Gözütok*, considera que ella tiene alcances limitados y llega a la conclusión de que en ella en ningún momento se dejaron sin efecto los precedentes anteriores del Tribunal (a pesar de que el abogado general había sugerido esa posibilidad). El planteamiento es sin dudas muy agudo, y sin la interpretación que el propio Tribunal de Justicia ha hecho posteriormente de sus precedentes previos podría generar serias dudas sobre los reales alcances de *Gözütok*.

⁶⁴⁷ TJE, caso *Limburgse Vinyl Maatschappij*. . ., ya citado, párr. 59. El texto transcrito se ve corroborado además por lo afirmado en el párr. 61 de la misma sentencia donde se afirma: “[E]l principio *non bis in idem* sólo prohíbe una nueva apreciación sobre el fondo de la existencia de la infracción, que tendría por consecuencia la imposición de una segunda sanción, añadida a la primera, en el supuesto de que se estimara de nuevo la existencia de responsabilidad, o bien de una primera sanción, en el supuesto de que una segunda decisión declarase dicha responsabilidad, después de que la primera la hubiera excluido.”



Como puede percibirse, también en este ámbito específico se entiende que la prohibición opera vedando tanto la doble punición como el doble sometimiento a procesos sancionadores, ya sea en casos de condena previa como en casos de absolución previa. De todos modos, lo que se debatía en *Limburgse* sobre la garantía en estudio era la posibilidad de que ella fuera vulnerada por el accionar de un órgano comunitario (la Comisión) luego de una decisión de otro (el Tribunal de Justicia) sobre el mismo asunto.

En los supuestos en que intervienen un Estado miembro y un órgano comunitario el Tribunal parece seguir aceptando la duplicación de procedimientos⁶⁴⁸. La razón por la cual ello es así es que, en definitiva, el Tribunal de Justicia viene considerando desde *Walt Wilhelm* que la existencia de procedimientos concurrentes en los Estados miembros por un lado, y en los órganos comunitarios por otro, queda justificada porque en cada ámbito se persiguen “finalidades diferentes⁶⁴⁹”. En rigor, si se afirma la existencia de objetivos diferentes, se pone en duda que exista propiamente una vulneración del *ne bis in idem*, pues podría faltar el presupuesto de “identidad de fundamentos”. Es interesante constatar en este sentido que en el reciente fallo *Archer* el Tribunal de Justicia ya no se refirió al cómputo o descuento

⁶⁴⁸ Véase TJE, asunto T-223/00, caso *Kyowa Hakko*, sentencia de 9 de julio de 2003, párr. 98, donde con cita expresa a precedentes anteriores se ha llegado a afirmar: “. . . la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de acumulación de sanciones, una comunitaria y otra nacional, como resultado de la existencia de dos procedimientos paralelos, que persiguen objetivos distintos, cuya procedencia resulta del especial sistema de reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de competencia. No obstante, una exigencia general de equidad implica que, al fijar la cuantía de una multa, la Comisión está obligada a tener en cuenta las sanciones que ya se han impuesto a la misma empresa por el mismo hecho, si se trata de sanciones impuestas por infracciones al Derecho de la competencia de un Estado miembro y, por consiguiente, cometidas en territorio comunitario. . .”

⁶⁴⁹ Véase TJE, caso *Walt Wilhelm*. . ., ya citado, párr. 11, donde se hace referencia a “dos procedimientos paralelos que buscan fines diferentes”.



de la sanción previa como constitutivo de la garantía con todos sus alcances, sino tan solo como un “corolario” de ella⁶⁵⁰.

c) Síntesis del estado de la cuestión

En suma, tendencialmente lo que se advierte es que el Tribunal de justicia ha reconocido que el *ne bis in idem* intracomunitario establecido en el art. 54 del Convenio de Aplicación del acuerdo de Schengen consagra tanto la vertiente sustantiva como la procedimental. Se considera vedada entonces toda sanción o persecución penal posterior en un Estado miembro de la Unión cuando hubiera existido, por los mismos hechos, una absolución previa o una condena previa ya agotada en cualquier otro Estado miembro. En el plano de las relaciones internas entre los órganos comunitarios también la garantía tiene esos alcances⁶⁵¹. Sólo en caben duda sobre esto en el ámbito especí-

⁶⁵⁰ En concreto, esto se puede constatar en TJE, asunto C-397/03, caso *Archer Daniels Midland Co.*, sentencia de 18 de mayo de 2006, párr. 46, donde el Tribunal reinterpreta el planteamiento de las empresas sancionadas y lo redefine en los siguientes términos: “Tal y como aclararon en la vista, las recurrentes no invocan el principio *non bis in idem* en cuanto tal. En este sentido, no sostienen que la Comisión incurriera en error al incoar el procedimiento ni que carezca de la facultad de imponer una multa. Las recurrentes alegan más bien que existe, en el seno de los principios elementales de la justicia, un corolario al principio *non bis in idem* según el cual deben tenerse en cuenta las sanciones concurrentes que recaigan sobre los mismos hechos.”

⁶⁵¹ En efecto, en el primer precedente en que el Tribunal trató la garantía en Estudio se mencionó que la violación de ella se había dado ya en la decisión de iniciar ulteriores procedimientos contra una persona. Véase TJE, asuntos acumulados 18/65 y 35/65, caso *Max Gutmann v. Commission*, sentencia de 15 de marzo de 1967. Se trata del primer caso en que el Tribunal menciona expresamente la garantía. Los hechos que dieron lugar a ese pronunciamiento fueron los siguientes: Un funcionario de la Comisión de la Comunidad Europea de Energía Atómica, cuestionaba que luego de haber sido sancionado con una suspensión por el mal uso de las instalaciones laborales, se le hubieran iniciado ulteriores procedimientos disciplinarios sobre la base de los mismos hechos. El Tribunal le dio la razón anulando la decisión de apertura de un nuevo procedimiento sobre la base de que eran vagas las referencias a hechos nuevos o hechos distintos en la resolución cuestionada, y la falta de toda información a ese respecto por parte de la Comisión. Así, a modo de conclu-

fico de defensa de la competencia cuando puedan existir procedimientos sancionadores ante órganos comunitarios y nacionales. En este último supuesto cuando menos operaría la vertiente sustantiva prohibiendo la doble punición, mediante el descuento en el segundo procedimiento de la sanción previamente impuesta (principio de cómputo).

Así y todo, queda abierto el problema de considerar si las disposiciones actuales sobre *ne bis in idem* sustantivo y procedimental contenidas en el Convenio se aplican igualmente a otros ámbitos administrativo-sancionadores. Esto es lo que se discutirá a continuación.

4) ¿UNA GARANTÍA PROPIAMENTE “PENAL”?

De la sola lectura de las resoluciones del Tribunal de Justicia citadas en el apartado previo, surge con claridad que éste reconoce la aplicación del *ne bis in idem* en relación a procedimientos tan dispares como los orientados a determinar la posibilidad de imponer sanciones penales⁶⁵², o sanciones administrativas del derecho de defensa de la competencia⁶⁵³, y aún los referidos a sanciones disciplinarias impuestas por los órganos comunitarios a sus funcionarios⁶⁵⁴.

Sin embargo, es más difícil sostener que la normativa específica del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen puede ser interpretada como abarcativa de las tres clases de procedimientos. Si así fuera, la conclusión por decisión firme de un procedimiento administrativo sancionador en un Estado de la Unión Europea podría bloquear un segundo procedimiento de la misma índole en otro Estado miem-

sión, el Tribunal afirmó lo siguiente: “. . . ni en los términos de la decisión cuestionada ni en los elementos del expediente que le fueran remitidos ha podido el Tribunal estar en posición de encontrar alguna seguridad de que el principio *non bis in idem* ha sido respetado.” (pág. 65).

⁶⁵² Ver por ejemplo TJE, caso *Gözütok*. . . , ya citado, o TJS, caso *Van Esbroeck*. . . , ya citado.

⁶⁵³ Ver por ejemplo TJE, caso *Walt Wilhelm*. . . , ya citado, o TJS, caso *Limburgse Vinyl Maatschappij*. . . , ya citado.

⁶⁵⁴ Véase por ejemplo TJE, caso *Max Gutmann*. . . , ya citado.

bro. Más aún, en tal caso habría que discutir si ese mismo procedimiento administrativo tendría eficacia para bloquear un proceso penal en otro Estado. Esto resulta sin dudas polémico, y más discutible todavía sería plantear que lo mismo puede llegar a ocurrir entre las sanciones disciplinarias y las administrativas o las penales.

En síntesis, el problema puede formularse en los siguientes términos:

¿Prohíbe el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que ante la existencia de cualquier procedimiento de sancionador penal, administrativo o disciplinario comenzado en un Estado miembro de la Unión y concluido por sentencia firme sobre el fondo, pueda iniciarse un segundo procedimiento sancionador penal, administrativo o disciplinario en otro Estado miembro? ¿O acaso se refiere esta parte del Convenio sólo a los procedimientos penales *stricto sensu*?

a) **Procedimientos y sanciones disciplinarios**

En primer lugar cabe descartar la existencia de un *ne bis in idem* entre los Estados de la Unión referido a los procedimientos y sanciones disciplinarios. Cuando la cuestión se planteó ante el Tribunal de Justicia en el citado caso *Max Gutmann*, el problema era determinar si un mismo órgano internacional había perseguido dos veces a una misma persona por una misma infracción. No se estaban discutiendo allí procedimientos de dos órganos comunitarios distintos, o de un órgano comunitario y un Estado miembro, o de dos Estados miembros. A eso hay que sumar que ni siquiera el *ne bis in idem* consagrado en el Protocolo Adicional n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos incluye a las sanciones disciplinarias según la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo oportunamente analizada.⁶⁵⁵ Con lo cual se hace difícil sostener que lo que desde cierta perspectiva europea ni siquiera constituye una violación al *ne bis in idem* dentro de un mismo Estado (aplicación de sanción penal más sanción disciplinaria

⁶⁵⁵ Ver capítulo V, punto A.4.

por los mismos hechos) podría llegar a serlo si ocurre en dos Estados distintos⁶⁵⁶.

Tampoco se puede dejar de tener en cuenta que en el ámbito disciplinario es muy difícil sostener que la aplicación de sanciones de esta naturaleza por dos órganos distintos de países distintos tengan identidad de fundamentos, que es uno de los presupuestos básicos para hablar de una vulneración de la garantía en estudio⁶⁵⁷. Por estas razones, la referencia a un *ne bis in idem* en procedimientos disciplinarios por parte del Tribunal de Justicia sólo puede entenderse en el contexto

⁶⁵⁶ Recuérdese en este sentido que, el artículo 6, apartado 2, del Convenio de la Unión Europea dispone lo siguiente: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.” Esto por supuesto no significa utilizar un convenio sobre Derechos Humanos para reducir los alcances de una garantía reconocida en otro instrumento. Ello está prohibido en virtud del principio *pro homine*. Se trata más bien entonces de intentar comprender el auténtico significado del *ne bis in idem* versión Schengen a luz de las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos. De todos modos hay que recordar que la garantía no está consagrada directamente en este último instrumento sino en su Protocolo Adicional n° 7 del cual no participan todos los Estados de la Unión.

Además, también es cierto que el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen prohíbe la doble persecución de los mismos “hechos”(aspecto que se desarrollará a continuación en el punto 5 de este apartado y capítulo), en tanto que el Protocolo 7 de la Convención Europea habla de de “delitos”, con lo cual es posible sostener que al menos en esa cuestión la normativa de la Unión consagra una prohibición más amplia que la del Consejo de Europa.

⁶⁵⁷ Piénsese en el siguiente caso hipotético: Un funcionario holandés está involucrado en la exportación ilegítima de estupefacientes a Alemania. Comete estos hechos en ocasión de sus funciones. Resulta sancionado penalmente en Alemania donde, como es razonable esperar, no se toma ninguna determinación respecto de su situación funcional. ¿Se estaría violando el *ne bis in idem* en los Países Bajos si sobre la base de los mismos hechos se lo expulsara posteriormente de la repartición donde se desempeñaba mediante un procedimiento disciplinario? Es cierto que este caso hipotético en particular podría también resolverse por vía de la excepción del art. 55, 1) c) que será luego analizada.

específico de los casos en que se dio, y no es en absoluto extrapolable a otras situaciones⁶⁵⁸.

Para cerrar el análisis de esta primera sub-cuestión, debe tomarse como pauta definitoria lo que surge del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción de los funcionarios de las Comunidades Europeas, que comenzara a estar vigente en 2005. Se expresa allí con claridad la comprensión actual de la cuestión en los Estados de la Unión en cuanto a que, las sanciones penales que ellos están obligados a aplicar contra los funcionarios no obstaculizan el ejercicio de los poderes disciplinarios. A lo sumo las sanciones disciplinarias pueden, facultativamente, ser tenidas en cuenta a la hora de imponer una sanción penal⁶⁵⁹. Es decir que se recoge en este convenio únicamente una suerte de principio de cómputo opcional entre sanción disciplinaria y sanción penal. Por otra parte este mismo convenio establece luego una regulación específica sobre *ne bis in idem* que es idéntica a las disposiciones de Schengen⁶⁶⁰. Dicho con otras palabras: una norma europea vigente que tiene disposiciones exactamente iguales a las que ahora se analizan, contiene además un artículo en el que ex-

⁶⁵⁸ En definitiva, el hecho de que se haya considerado que el mismo órgano no puede perseguir dos veces a la misma persona por unos mismos hechos constitutivos de infracción disciplinaria, nada dice acerca de la influencia de una sanción de esa naturaleza sobre la posibilidad de que un Estado distinto intente imponer una sanción penal por los mismos hechos.

⁶⁵⁹ Véase Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, 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. En particular, el art. 5 sobre sanciones que dispone: "1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas contempladas (. . .) sean objeto de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias (. . .). 2. El apartado 1 no obstará al ejercicio de los poderes disciplinarios de las autoridades competentes contra los funcionarios nacionales o los funcionarios comunitarios. Al establecer la sanción penal aplicable, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán tener en cuenta, según los principios de su Derecho nacional, cualquier sanción disciplinaria que ya hubiese sido impuesta a la misma persona por la misma conducta."

⁶⁶⁰ En efecto, el art. 10, incisos 1 a 5 es una copia exacta de los arts. 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

presamente señala la compatibilidad entre sanciones disciplinarias y sanciones penales. En consecuencia, una interpretación sistemática del derecho europeo impone la conclusión de que la superposición de ambos órdenes sancionatorios no está en absoluto prohibida.

b) Procedimientos y sanciones administrativos: Análisis de la cuestión a partir de una interpretación sistemática del Convenio

Sentado lo anterior, se hace necesario establecer ahora si el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen puede ser interpretado como abarcativo tanto de los procedimientos penales como de los procedimientos administrativo-sancionadores. A favor de esa posibilidad, se podría sostener que el texto del art. 54 no es suficientemente claro sobre la clase de procedimiento al que resulta aplicable. Allí solo se habla de ser perseguido, de condenas, de sanciones, y de ser juzgado por sentencia firme. Tanto las persecuciones como las condenas y las sanciones pueden referirse a cualquiera de los dos ámbitos. Y en lo que hace a la referencia al “juicio”, es perfectamente posible que una autoridad judicial de un Estado Parte intervenga comoalzada en un procedimiento administrativo sancionador seguido previamente en ese mismo Estado. Existen además Tribunales administrativos que, si bien no tienen todas las características de un tribunal del poder judicial, gozan de varias de ellas y por lo tanto los procedimientos seguidos ante ellos podrían entenderse como “juicios” en el sentido del Convenio.

Por otra parte, la interpretación del art. 54 del Convenio a la luz de los alcances del *ne bis in idem* en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁶¹, permitiría desde cierta perspectiva una evolución de la garantía. Efectivamente la Corte de Estrasburgo

⁶⁶¹ Aquí también viene bien recordar que el artículo 6, apartado 2, del Convenio de la Unión Europea dispone que en la Unión se respere los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.



tiene un concepto relativamente amplio de lo que constituye “materia criminal” a los fines de la aplicación de las garantías del proceso equitativo en general⁶⁶².

Por último, alguien podría sostener también que la jurisprudencia sobre sanciones en materia de competencia se debe amalgamar con la referida a la aplicación del art. 54 y siguientes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de modo tal que se entienda que ambas líneas jurisprudenciales constituyen una única comprensión del *ne bis in idem* por parte del Tribunal de Justicia. Si ello fuera así, resultaría obvio que en tal comprensión unificada quedarían englobadas tanto cuestiones penales en sentido estricto como cuestiones administrativo-sancionadoras.

Sin embargo, no resulta decisivo ninguno de los argumentos antes mencionados. Empezando por el último, es importante destacar que la posibilidad de conjunción de las dos líneas jurisprudenciales sobre la garantía resulta dudosa a partir de lo dicho en el acápite previo: Para el Tribunal de Justicia el *ne bis in idem* del Convenio abarca tanto la vertiente sustantiva como la procedimental, en cambio el relativo a las sanciones en materia de defensa de la competencia abarca solo la sustantiva porque según el Tribunal no llega a haber coincidencia entre las finalidades perseguidas por los órganos comunitarios y los Estados miembros al llevar adelante sus respectivos procedimientos sancionadores.

Por lo demás, a favor de una comprensión del *ne bis in idem* del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen limitada a los casos penales en sentido estricto, se puede mencionar como una pauta orientadora que nada de lo establecido en ese pacto se refiere a las relaciones entre las potestades sancionadoras de los Estados por un lado y los órganos de la Unión por otro. El texto del Convenio, en lo que hace a *ne bis in idem*, solamente regula las relaciones entre Estados. A

⁶⁶² Ver capítulo V, punto A.4. De todos modos es cierto que como en la Convención Europea de Derechos Humanos la prohibición se refiere a identidad de delitos y no de hechos, existe un cierto margen para una doble persecución mediante procedimientos de diferente naturaleza.

partir de esa omisión se podría interpretar que, si se hubiese querido regular en general el *ne bis in idem* referido a procedimientos administrativo-sancionadores, razonablemente se habría incluido también a los órganos Europeos, por cuanto ellos pueden actualmente aplicar sanciones administrativas y no sanciones penales.

El argumento antes esbozado no es, de todos modos, el decisivo pues el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen es anterior a la Unión Europea en su configuración actual. Además, todavía se podría sostener que si bien no quedan abarcadas por él la superposición de procedimientos orientados a la imposición de sanciones administrativas entre los órganos de la Unión y los Estados miembros, bien podrían quedar comprendidos los casos en que esa misma superposición se da en dos o más Estados miembros.

Es por ello que los argumentos más importantes surgen de mirar en su conjunto la normativa del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen. Allí se percibe con claridad que la preocupación central es la cooperación penal en sentido estricto. La cooperación en materia administrativo-sancionadora aparece como una cuestión que se trata aislada y limitadamente en el art. 49⁶⁶³. Sobre esas bases es difícil interpretar válidamente que se puede extraer del art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen un concepto ampliado de lo que ha de considerarse “materia penal” a los fines de la aplicación, entre otros, de los artículos sobre *ne bis in idem* allí contenidos.

Por otra parte, entre los instrumentos jurídicos de la Unión Europea existen otras disposiciones sobre ciertas formas de cooperación, o de reconocimiento y ejecución de sentencias que incluyen parcialmente la cuestión de las infracciones administrativas y el *ne bis in idem*. Como ejemplo de ello cabe citar la Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecu-

⁶⁶³ El mencionado artículo dispone: “También se prestará asistencia judicial: a) en procedimientos por hechos que sean punibles con arreglo al Derecho nacional de una de las dos Partes contratantes como infracciones de los reglamentos perseguidas por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal;”

niarias⁶⁶⁴. El art. 1, a) de dicha Decisión incluye dentro de su ámbito de aplicación las resoluciones de autoridades administrativas, siempre que ellas puedan ser controladas por autoridad jurisdiccional⁶⁶⁵. Luego, en el art. 7, 2), a), se señala entre los motivos para el no reconocimiento o ejecución de tales decisiones el supuesto en que se ha dictado una resolución contra la misma persona respecto de los mismos hechos en el Estado al que se le pide la ejecución, o en un Estado distinto de éste o del que impuso la condena (aunque en este último caso se exige que la resolución haya sido ejecutada)⁶⁶⁶. En ello se pone de ma-

⁶⁶⁴ Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005. Diario Oficial n° L 076 de 22 de marzo de 2005 págs. 0016 a 0030.

⁶⁶⁵ En efecto, en el mencionado art. 1, titulado “Definiciones” se lee lo siguiente:

“A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por:

a) ‘resolución’, una resolución firme por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica cuando dicha resolución emane:

i) de un órgano jurisdiccional del Estado de emisión respecto de una infracción penal contemplada en la legislación del Estado de emisión,

ii) de una autoridad del Estado de emisión distinta de un órgano jurisdiccional respecto de una infracción penal contemplada en la legislación del Estado de emisión, siempre que la persona interesada tenga la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales,

iii) de una autoridad del Estado de emisión distinta de un órgano jurisdiccional respecto de hechos punibles con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión por constituir infracción a normas legales, siempre que la persona afectada haya tenido la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales,

iv) de un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales, siempre que la resolución se dicte conforme a una resolución correspondiente a lo establecido en el inciso iii) (. . .)”

⁶⁶⁶ El texto del inciso citado dispone literalmente:

“2. La autoridad competente del Estado de ejecución podrá también denegar el reconocimiento y la ejecución de la resolución si se demuestra que:

a) se ha dictado una resolución contra la misma persona respecto de los mismos hechos en el Estado de ejecución o en un Estado distinto del de emisión y del de ejecución, y, en este último caso, que dicha resolución ha sido ejecutada (. . .)”

nifiesto cierto reconocimiento del *ne bis in idem*, aunque el lenguaje utilizado en la disposición sugiere que se trata de algo meramente facultativo para el Estado requerido.

Algo similar ocurre con el Convenio de Cooperación en los Procedimientos por Infracción a la Legislación de Tráfico y en la Ejecución de las Sanciones Pecuniarias Impuestas⁶⁶⁷. Dicha norma define en su art. 1 como sanción pecuniaria aquella obligación de pagar una suma de dinero por la comisión de una infracción a la legislación de tráfico, cuya cuantía corresponde determinar a las autoridades judiciales o administrativas de las Partes contratantes. Luego en su art. 6 dispone un sistema de ejecución recíproca de ese tipo de sanciones. Es decir, los casos en que la sanción impuesta en un Estado de la Unión deberá ser ejecutada por otro si el primero se lo solicita. Posteriormente en el art. 7 (1) b) se señala que la parte requerida no podrá negarse a la ejecución salvo si, a su juicio, “el cumplimiento de la solicitud es incompatible con la aplicación del principio *non bis in idem* a que se refieren los artículos 54 a 58 inclusive del Convenio de 1990.” Una primera lectura de esta disposición podría dar la sensación de que el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que venimos analizando efectivamente se aplica al ámbito administrativo sancionador, pues este instrumento sobre sanciones de tráfico remite a él expresamente y estaría por tanto dando una pauta de interpretación sistemática. Sin embargo, un examen más cuidadoso revela un panorama diferente. Es que no obstante esa remisión expresa, en la norma sobre infracciones de tráfico si el Estado requerido considera que efectivamente hay *bis in idem* simplemente está facultado a rechazar el pedido de ejecución de la sanción. No está obligado a hacerlo y nada impide tampoco que persiga él mismo al sujeto infractor suponiendo que su derecho se lo permita. En otras palabras, se trata simplemente de un supuesto de denegación facultativa de cooperación que constituye una

⁶⁶⁷ Acervo de Schengen - Decisión del Comité ejecutivo de 28 de abril de 1999 relativa al Convenio de cooperación en los procedimientos por infracción a la legislación de tráfico y en la ejecución de las sanciones pecuniarias impuestas [SCH/Com-ex (99) 11, 2a rev.]



manifestación bastante tímida de la vigencia de la prohibición de *bis in idem* en un cierto ámbito administrativo sancionador acotado.

c) La doble persecución y sanción administrativas en Estados diferentes de la Unión Europea

Todo lo expresado hasta aquí pone de manifiesto que la cuestión de las infracciones administrativas tiene un cierto espacio en el desarrollo del *ne bis in idem* de la Unión Europea. Sin embargo, la integración penal en el espacio de seguridad y justicia común se va dando de a pasos concretos, con alcances limitados. La posibilidad de interpretar extensivamente las disposiciones existentes en el marco de la Unión en materia penal está constreñida por la necesidad de no perjudicar la consolidación de la integración ya lograda. Hay una cierta lógica de gradualidad en el desarrollo de la Unión Europea, cuyo fortalecimiento se va logrando a partir de consensos posibles entre los Estados miembros por un lado, y el peso propio que van adquiriendo los órganos comunitarios por otro.

Es por eso que, aunque en principio todos los derechos fundamentales dentro de la Unión admiten una interpretación progresiva (pues ello está dentro de la dinámica propia de los Derechos Humanos), el *ne bis in idem* presenta una particularidad en este sentido, y es que su aplicación internacional no es tomada en consideración en el Protocolo n° 7 a la Convención Europea, ni en el sistema ONU, como quedara dicho en los dos capítulos precedentes⁶⁶⁸. Esta limitación parece estar fuertemente arraigada en la concepción de la garantía que se tiene dentro de la Unión Europea⁶⁶⁹. En este sentido resulta contundente la afirmación del Tribunal de Justicia en punto a que:

⁶⁶⁸ Ver capítulo V, punto B.3 (sistema europeo) y capítulo VI, punto B.3 (sistema del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁶⁶⁹ En este sentido VERVAELE (ob. cit., pág. 102) llega a afirmar: “*There is no mandatory rule of international law (ius cogens) imposing a duty to respect the ne bis in idem principle between States. The application of the principle depends on the content of international treaties.*”

“ . . . no existe principio de Derecho internacional público que prohíba que las autoridades públicas, incluidos los tribunales, de distintos Estados procesen y condenen a una persona física o jurídica por los mismos hechos que aquéllos por los que ya fue juzgada en otro Estado⁶⁷⁰ .”

Ciertamente esta fuerte negativa a entender la prohibición de *bis in idem* en su dimensión internacional (tomada de un caso sobre defensa de la competencia en la que se discutía la superposición de sanciones entre la Unión Europea y un tercer Estado no miembro) puede merecer reparos sobre la base de considerar en profundidad los fundamentos materiales de la garantía⁶⁷¹. Además, tal como lo prueba el propio Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, es posible constatar que dentro del actual derecho internacional van apareciendo manifestaciones del *ne bis in idem* que no se ciñen únicamente a su aplicación en el derecho interno de cada Estado. Por lo tanto la afirmación tan tajante que en su momento realizara el Tribunal de Justicia no puede mantenerse actualmente con la misma intensidad.

De todos modos hay que reconocer que la dimensión internacional no está en absoluto extendida en los textos positivos de los tratados sobre Derechos Humanos, y ni siquiera los instrumentos internacionales que la recogen la formulan como un derecho individual sino más bien como una cuestión de reconocimiento de sentencias o como requisito de procedibilidad⁶⁷². Por eso, y más allá de las críticas que puedan formularse a esta limitación, lo cierto es que, a los fines que ahora interesan, la inteligencia más adecuada del art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen en el contexto del derecho europeo actual es la que limita sus alcances a los procedimientos y

⁶⁷⁰ TJE, asunto C-289/04, caso *Showa Denko KK*, sentencia de 29 de junio de 2006 párr. 58.

⁶⁷¹ En este sentido véase el capítulo III, puntos A. y B. del presente trabajo.

⁶⁷² Ejemplo de lo primero es la evolución de la garantía en la Unión Europea que se viene analizando. Ejemplo de lo segundo son las disposiciones de los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales que se discutirán luego (ver capítulo VIII).



sanciones penales en sentido estricto, salvo el caso de las infracciones de tránsito donde tiene una limitada operatividad en los casos de ejecución de sanciones porque así lo dispone expresamente una norma particular sobre la cuestión.

Esta interpretación parece darse además por sobreentendida en otros órganos Europeos. Así, dentro del Consejo de Europa, se debatió hacia 2003 una propuesta de la República Griega para el dictado de una decisión marco sobre *ne bis in idem* que vendría a reemplazar las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen⁶⁷³. En la versión original de esa propuesta se planteaba la necesidad de extender la garantía a los supuestos de sanciones administrativas convalidadas por autoridad judicial. Concretamente se proponía que el concepto de “delitos penales” a los fines de la aplicación de la garantía incluyera, además de aquellos que lo son en sentido estricto:

“. . . los actos que constituyen delitos administrativos o infracciones penalizadas por la autoridad administrativa mediante una multa, con arreglo a la legislación nacional de cada Estado miembro, siempre que pertenezcan a la jurisdicción de la autoridad administrativa y que la persona de que se trate pueda recurrir a un tribunal penal⁶⁷⁴.”

Es interesante constatar también que, cuando el Parlamento Europeo analizó esta propuesta de decisión marco, en los términos de la consulta dispuesta en el art. 39 del Tratado de la Unión Europea, planteó al Consejo una serie de enmiendas pero no modificó este apar-

⁶⁷³ Art. 34 (2) b, del Tratado de la Unión Europea que establece que dentro de las facultades del Consejo está la de “adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo”.

⁶⁷⁴ Véase Consejo UE, Actos legislativos y otros instrumentos, documento n° 7246/03, *Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio "ne bis in idem"*, art. 1.

tado de la norma interpretativa, quedando en consecuencia el art. 1 propuesto con el agregado orientado a considerar a las infracciones del derecho administrativo sancionador junto con las penales en sentido estricto⁶⁷⁵. En definitiva, lo que se estaba proponiendo aquí era ampliar el alcance de la garantía hacia un ámbito que se entiende no cubierto actualmente. De todos modos el Consejo no pudo alcanzar acuerdo sobre esta iniciativa, con lo que la decisión marco no ha llegado a concretarse.

Por su parte, la Comisión Europea ha realizado un procedimiento de consulta (libro verde) orientado a lograr una mejor regulación de la garantía en estudio dentro de la Unión Europea. Entre las preguntas que se formulan en esa consulta, se plantea si la garantía no debería comenzar a operar luego de “una resolución en materia penal adoptada por un órgano jurisdiccional o que ha sido recurrida ante dicho órgano⁶⁷⁶.” El sentido de esa pregunta se entiende acabadamente con las referencias contenidas en el documento anexo a la consulta. En este último la Comisión señala que ya en el contexto europeo las autoridades del Ministerio Público vienen siendo consideradas autoridades judiciales (con lo cual está claro que cuando se menciona a las resoluciones recurridas ante estas últimas no se habla de las dictadas por las primeras) y que en su redacción actual el *ne bis in idem* del Convenio de Schengen no incluye a las infracciones administrativas⁶⁷⁷. Con ello

⁶⁷⁵ Véase Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio "ne bis in idem" (7246/2003 - C5-0165/2003 - 2003/0811[CNS]), de 2 de septiembre de 2003.

⁶⁷⁶ Véase Comisión Europea, Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales, COM (2005) 696 final, pregunta n° 15.

⁶⁷⁷ Comisión Europea, *Commission Staff working document Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings* [COM(2005) 696 final], Pág. 46. Es interesante destacar que en este documento se señala que el art. 49 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (sobre cooperación en materia de resoluciones sobre infracciones administrativas) podría ser utilizado, en una primera aproximación al tema, como un argumento para sostener que el art. 54 reconoce el *ne bis in idem* también en ese ámbito,



se pone de manifiesto que la Comisión parece dispuesta a incluir dentro del *ne bis in idem* de la Unión Europea a aquellos procedimientos por infracciones administrativas en los que los órganos jurisdiccionales tienen intervención como alzada, al modo de la propuesta griega de decisión marco antes mencionada.

d) Recapitulación sobre el concepto de “materia penal” en el Convenio

En resumen, hay una tendencia en algunos órganos europeos a considerar que el *ne bis in idem* de la Unión debería referirse también a las resoluciones definitivas tomadas en procedimientos administrativo-sancionadores. Pero esa tendencia parte de considerar que tales procedimientos no están incluidos en la versión de la garantía consagrada actualmente en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre esta cuestión específicamente y hay buenas razones para pensar que el art. 54 del Convenio no puede ser entendido de manera amplia sobre este punto. De este modo, cabe concluir en que la duplicación de de procesos y sanciones administrativos por unos mismos hechos en diferentes Estados de la Unión Europea, solo va ingresando de a poco en el ámbito de aplicación del *ne bis in idem* europeo en la medida en que ello ha sido objeto de un regulación expresa en tal sentido por el derecho comunitario, ya sea primario o derivado.

pero que sin embargo al estar colocado en un apartado separado no puede sostenerse esa afirmación. La conclusión es la misma que se ha planteado aquí, aunque la argumentación es algo diferente. Aquí se ha sostenido que la referencia aislada a una cooperación en materia administrativa dentro del Convenio ya marca la pauta de que no hay una comprensión “unificada” de lo que es “materia penal” a los fines de la aplicación de la garantía.

5) ¿HECHOS O DELITOS?

La sola lectura del citado art. 54 del Convenio muestra que lo prohibido por la norma es la nueva persecución por unos mismos “hechos”. En esto la prohibición aparece consagrada con un término diferente al de otras versiones de la garantía que se pueden encontrar en diversos instrumentos internacionales. El Tribunal de Justicia ha tenido presente esta terminología, y ya desde el caso *Gözütok* venía mencionado que el art. 54 del Convenio tiende a que una persona no se vea perseguida en varios Estados por los mismos “hechos” tan solo por ejercer su derecho a circular libremente por el territorio de la Unión⁶⁷⁸.

Posteriormente, la misma idea fue recogida y ampliada en *van Esbroeck*, que constituye hasta el presente el fallo más relevante del Tribunal de Justicia sobre la cuestión. Allí se comenzó precisamente por resaltar la diferencia entre la versión Schengen de la garantía en estudio, y los textos de otros instrumentos internacionales⁶⁷⁹. Luego se precisó que esta referencia específica a los “hechos” sumada al derecho a la libre circulación implica que el individuo debe verse libre del temor a una nueva persecución porque los hechos que cometiera en un Estado miembro constituyan una infracción distinta según el ordenamiento de otro⁶⁸⁰. Para llegar a esta conclusión el Tribunal tomó en cuenta además la idea de que el *ne bis in idem* del Convenio reclama la confianza mutua entre los Estados, precisamente en un contexto de ordenamientos jurídicos diferentes que no se han armonizado y que, más relevante todavía, no es necesario que se armonicen para que el art. 54 del Convenio resulte operativo⁶⁸¹. Más aún, en ese contexto de

⁶⁷⁸ Ver por ejemplo TJE, caso *Gözütok*. . . , ya citado, párr. 38. Esta misma idea fue recogida posteriormente en TJE, asunto C-469/03, caso *Filomeno Mario Miraglia*, sentencia de 10 de marzo de 2005, párr. 32. Véase también comentario a esta última sentencia por BLANCO CORDERO, Isidoro, “El principio *ne bis in idem* de la Unión Europea”, en *La Ley*, año XXVI, número 6285, Madrid, 2005, págs. 1 a 7.

⁶⁷⁹ TJE, caso *van Esbroeck*, ya citado, párr. 28.

⁶⁸⁰ *Idem*, párr. 34.

⁶⁸¹ *Idem*, párr. 30 y 31.

falta de armonización, que el mencionado artículo haga referencia a “hechos” se considera como una terminología particularmente apta para lograr ese espacio de seguridad y justicia, pues se entiende que:

“ . . . un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido crearía tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes⁶⁸².”

Obsérvese que con esta afirmación el Tribunal descalifica no solo la referencia a delitos sino también la posibilidad de que la diferencia entre bienes jurídicos tenga alguna relevancia a la hora de considerar si se está en presencia de identidad de hechos a los fines de la aplicación de la garantía. Esta línea jurisprudencial está en franca contradicción con las apreciaciones del mismo Tribunal cuando se trata del *ne bis in idem* de las infracciones en materia de defensa de la competencia. En este otro ámbito el Tribunal parece dar al bien jurídico una gran importancia, al punto que llega a identificar la identidad de fundamentos, como presupuesto para la aplicación de la garantía, con identidad de bienes jurídicos. Considérese en efecto la siguiente afirmación correspondiente al caso *Aalborg*:

“Por lo que se refiere al respeto del principio *non bis in idem*, es preciso recordar que la aplicación de este principio está sujeta a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. El citado principio prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico⁶⁸³.”

⁶⁸² *Idem*, párr. 35.

⁶⁸³ TJE, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, caso *Aalborg Portland A/S y otros*, sentencia de 7 de enero de 2004, párr. 338.

Es importante destacar que en, relación con la garantía en estudio, en *Aalborg* se discutía si la sanción por parte de las autoridades italianas por un lado y comunitarias por otro significaba una violación de la garantía. La cuestión era que ciertas empresas cementeras habían firmado un convenio de cooperación y suministro dentro del mercado italiano, en una de cuyas cláusulas una de las firmantes se comprometía además a no importar el producto desde Grecia. El Tribunal de Justicia consideró en definitiva escindibles este último aspecto del acuerdo (castigado por un órgano comunitario) y el aspecto de cooperación que llevó a la sanción por parte de los órganos italianos de defensa de la competencia⁶⁸⁴.

Si se compara el punto de vista esbozado en el párrafo previo con la concepción de “identidad de hecho” manejada en *van Esbroeck* y otros casos posteriores del Tribunal que se refieren al *ne bis in idem* versión Schengen, se advierten diferencias notables. En efecto, en este ámbito el Tribunal, además de lo dicho en cuanto a la irrelevancia de que se afecten bienes jurídicos diversos, ha llegado a afirmar que tal identidad como presupuesto para la aplicación de la garantía se entiende “como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas⁶⁸⁵.” La frase es un tanto breve como para determinar sus precisos alcances. Sin embargo se trasluce en ella la intención del Tribunal de reducir al máximo todo el impacto que puedan tener las diferencias normativas entre los países miembros. En efecto, el Tribunal ha dicho que esa “ligazón” está dada por el tiempo, el espacio y el objeto⁶⁸⁶.

De todos modos también es posible manifestar dudas sobre la corrección de una consideración puramente fáctica de la cuestión (tiempo y espacio) más el objeto que, aunque en este caso parecería indicar cierta vinculación con la intención del autor, en precedentes posteriores parece perder ese significado y no es posible determinar

⁶⁸⁴ *Idem*, párr. 316 a 319 y 339.

⁶⁸⁵ TJE, caso *van Esbroeck*, ya citado, párr. 36.

⁶⁸⁶ *Idem*, párr. 38.

con claridad qué implica⁶⁸⁷. Parecería pues que criterios tan escuetos tienen menos capacidad de rendimiento de la que el Tribunal de Justicia pretende atribuirles. Como quedara dicho en el capítulo II, lo más razonable a efectos de establecer la identidad de hechos a los fines del *ne bis in idem* es realizar un análisis integral que comprometa tanto aspectos fácticos como normativos⁶⁸⁸.

Frente a los desarrollos de la Ciencia Penal en materia de unidad y pluralidad de realizaciones típicas la noción de “circunstancias indisolublemente ligadas” esbozada por el Tribunal de Justicia en *van Esbroeck* resulta más bien pobre y poco realista al pretender una artificial asepsia de valoración jurídica. Es cierto, por otra parte, que el propio Tribunal ha establecido en esa afirmación los límites de su competencia al señalar que en última instancia son los jueces de cada Estado miembro los que, sobre esas bases mínimas, deben determinar en cada caso concreto si efectivamente se da la identidad de hechos⁶⁸⁹. Sin embargo también ha llegado a sostener que esa unión indisoluble se da “por su propia naturaleza” en circunstancias tales como la exportación desde un Estado miembro y la consecuente importación a otro

⁶⁸⁷ En especial véase TJE, asunto C-367/05, caso *Kraaijenbrink*, sentencia de 18 de julio de 2007. Allí se reitera en lo sustancial la doctrina de *van Esbroeck*. En primer lugar se hace referencia a los hechos indisolublemente ligados en el tiempo, en el espacio y por su objeto (párr. 27 y 28), pero luego se afirma que “la mera circunstancia de que el tribunal que conoce del segundo procedimiento compruebe que el presunto autor de tales hechos ha actuado con una misma intención criminal no es suficiente para afirmar que existe un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas” (párr. 28). Este mismo rechazo al aspecto subjetivo como criterio de distinción es reforzado en el párr. 30 donde el Tribunal reemplaza la referencia a objeto por la de “naturaleza” cuyos alcances no precisa.

Sin embargo ese mismo día el Tribunal dictó una sentencia sobre contrabando de cigarrillos donde la circunstancia de que el autor “tenía desde el principio la intención de transportar el tabaco, tras tomar posesión del mismo por primera vez, a un destino final atravesando varios Estados contratantes” podría ser relevante a los fines de establecer la identidad de hechos (TJE, asunto C-288/05, caso *Kretzinger*, sentencia de 18 de julio de 2007, párr. 37).

⁶⁸⁸ Véase capítulo II, punto B.2., apartados c) a f).

⁶⁸⁹ TJE, caso *van Esbroeck*, ya citado, párr. 38 y 42.

de estupefacientes⁶⁹⁰ aún cuando en el segundo Estado se constate la intervención de personas distintas y las cantidades de droga manejadas en uno y otro lugar sea diferente⁶⁹¹. Otro ejemplo es el ingreso a un país comunitario de mercaderías procedentes de un país extracomunitario como si provinieran del interior de la comunidad (posible contrabando) y posterior comercialización en otro país comunitario de esas mismas mercaderías⁶⁹². Sin embargo el tráfico de estupefacientes en un Estado de la Unión y el posterior blanqueo de dinero en otro no constituiría un hecho único salvo que se establezca una “relación objetiva” entre las cantidades de dineros involucradas en uno y otro caso⁶⁹³.

En resumen el Tribunal de Justicia entiende que el *ne bis in idem* vigente en el ámbito de la Unión se refiere a identidad de hechos y no de delitos. En particular se interpreta que, a los fines del art. 54 del Convenio, esta identidad de hechos tiene capital importancia ante la necesidad de darle operatividad a la garantía en un contexto de ordenamientos jurídico-penales múltiples. En ese contexto se intenta también construir un criterio de determinación de identidad de hechos que prescinda de todo componente normativo. Estas valoraciones normativas tienen sin embargo un impacto mayor en la concepción del *ne bis in idem* propio del ámbito sancionador del derecho comunitario de defensa de la competencia, al punto que si se advierte la existencia de un objeto diferente de tutela ya no se considera vulnerada la garantía aunque se aplique más de una sanción a unos mismos hechos.

Por último, cabe destacar que el concepto de “mismos hechos” contenido en el Convenio, como en otras normas del derecho comunitario que consagran la garantía, son consideradas por el Tribunal de

⁶⁹⁰ *Idem*, párr. 25, 37 y 42.

⁶⁹¹ TJE, caso *van Straten*, ya citado, párr. 49.

⁶⁹² TJE, asunto C-467/04, caso *Giuseppe Francesco Gasparini*, sentencia de 28 de septiembre de 2006, párr. 53 y 57.

⁶⁹³ TJE, caso *Kraaijenbrink*. . . , ya citado, párr. 31.



Justicia como conceptos autónomos, con un significado propio que no queda librado a lo que interpreten al respecto los Estados Parte⁶⁹⁴.

6) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “SENTENCIA FIRME” A EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA?

Un aspecto de la problemática que corresponde discutir ahora ya ha sido tratado aquí cuando se analizó si el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen abarcaba tanto la vertiente sustantiva como la procedimental de la garantía. A partir de ese análisis queda claro que, en su comprensión actual por el Tribunal de Justicia, la prohibición abarca tanto los casos de absolución como de condena previos, vedándose toda persecución penal posterior.

Sin embargo lo que resta examinar con mayor detalle es si, cuando la versión castellana del art. 54 señala que la garantía aplica en caso de persona “juzgada en sentencia firme”, se entiende que la garantía comienza a operar luego de una resolución dictada por un juez o tribunal con posterioridad a un juicio pleno y contradictorio, o también luego de resoluciones dictadas en etapas previas de un proceso penal por un juez u otro tipo de autoridad. En otras palabras, si la voz sentencia ha de tomarse en un sentido restringido o en un sentido amplio. También resta determinar qué implica la referencia a “firme”.

a) **La evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia**

La cuestión fue por primera vez abordada por el Tribunal de Justicia en el ya citado caso *Gözütok*. Allí se discutía si un procedimiento de extinción de la acción penal llevado adelante únicamente por un órgano del Ministerio Público, en el que se exigía al imputado la realización de ciertas actividades y el pago de una multa, era una

⁶⁹⁴ Véase en este sentido TJE (gran sala), asunto C-261/09, caso *Mantello*, sentencia de 16 de noviembre de 2010, párr. 38 y 39.

sentencia firme en el sentido del art. 54 del Convenio⁶⁹⁵. En su argumentación el Tribunal partió de considerar que, en los sistemas jurídicos de los Estados involucrados en la consulta, el Ministerio Público era una autoridad competente para intervenir en la administración de justicia⁶⁹⁶. Seguidamente valoró que el tipo de decisión tomada en la órbita del Ministerio Público tenía un contenido sancionatorio concreto⁶⁹⁷. Hay también en el caso referencias a que, de excluirse las resoluciones tomadas como consecuencia de procedimientos anticipados de extinción, conciliaciones, acuerdos, etc., la protección de la garantía sería desigual y quedaría circunscripta a los casos más graves en que dichos procedimientos no se aplican⁶⁹⁸. Sobre esas bases consideró que una resolución de tal naturaleza constituía una sentencia firme con condena ejecutada en los términos del Convenio⁶⁹⁹. Hasta allí, la argumentación ceñida al problema concreto que se planteaba en el caso.

Sin embargo, el Tribunal parece haberse sentido obligado a reforzar sus conclusiones por la oposición de algunos Estados⁷⁰⁰. De este modo entrelazó con los argumentos antes expresados consideraciones más generales, que permitirían ampliar aún en mayor medida el alcance de la garantía. En efecto, dijo también que más allá de las formalidades procesales específicas de la existencia de una sentencia posterior al juicio dictada por autoridad judicial, en realidad el art. 54 no excluye necesariamente otro tipo de resoluciones que tengan los efectos sobre el imputado antes señalados⁷⁰¹. Es decir que, antes de mirar a la forma procesal existente en cada Estado, habría que fijarse en los efectos de una resolución para determinar si puede ser entendida como sentencia firme en el sentido del art. 54 del Convenio. A esto lo relacionó con la idea de que la normativa de Schengen debe poder ser

⁶⁹⁵ TJE, caso *Gözütok*. . . , ya citado, párr. 25 y 27.

⁶⁹⁶ *Idem*, párr. 28.

⁶⁹⁷ *Idem*, párr. 29.

⁶⁹⁸ *Idem*, párr. 39 y 40.

⁶⁹⁹ *Idem*, párr. 30 y 48.

⁷⁰⁰ *Idem*, párr. 41.

⁷⁰¹ *Idem*, párr. 31.

aplicada con total independencia del grado de armonización de las legislaciones existentes en los Estados miembros de la Unión⁷⁰². Se trata en definitiva de que la norma supranacional no sea reinterpretada cada vez según la legislación del Estado que debe aplicarla. Esto se vincula además con la noción de “confianza mutua”, que ya fuera mencionada en este trabajo⁷⁰³. En conexión con lo anterior, también trajo a colación el Tribunal la interpretación teleológica y autónoma del Convenio, en función de sus bases normativas en el Tratado de la Unión, que tienen que ver con la creación de un espacio común de seguridad y justicia en el que los habitantes puedan circular libremente sin ser perseguidos penalmente varias veces por los mismos hechos⁷⁰⁴.

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal llegó a expresar en uno de los párrafos de la sentencia *Gözütok* una afirmación llamativa:

“El artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no adopten la forma de una sentencia⁷⁰⁵.”

Corresponde destacar en el párrafo transcrito la amplísima consideración del tipo de resoluciones que podrían bloquear la persecución penal posterior. En todo el fallo en general se percibe claramente que la voz “sentencia” del art. 54 no ha de ser interpretada en su sentido estricto, sino que incluye otro tipo de resoluciones, hasta las dictadas en etapas previas al juicio propiamente dicho. Además, en todos los argumentos de este fallo es igualmente notorio que no se exige

⁷⁰² *Idem*, párr. 32 y 34.

⁷⁰³ *Idem*, párr. 33.

⁷⁰⁴ *Idem*, párr. 35 a 37 y 42 a 45.

⁷⁰⁵ *Idem*, párr. 38.

que el órgano que dicta la primera resolución a los fines de la aplicación de la garantía sea estrictamente uno jurisdiccional. Sin embargo, a diferencia de lo expresado en la declaración final⁷⁰⁶, en este párrafo de *Gözütok* en particular se pone como única exigencia es que se trate de decisiones que “archivan definitivamente” el proceso. Esto abre un campo importante de problemas, pues resoluciones que puedan poner fin al proceso hay de muy variada clase en los sistemas procesal-penales comparados. ¿Tienen todas ellas el mismo efecto a los fines de la aplicación de la garantía? Para eliminar toda duda en este ámbito una posibilidad sería plantear que efectivamente cualquier resolución que ponga fin al primer proceso clausurará la posibilidad de cualquier persecución penal ulterior en otro Estado del sistema Schengen. Esto equivaldría a una máxima confianza entre los Estados, en el modo en que cada uno de ellos resuelve sus controversias penales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia demostró en precedentes posteriores que era necesario poner algún límite a la aplicación de la garantía.

El segundo fallo relevante en relación con este tema es el correspondiente al caso *Miraglia*. Allí el Tribunal tuvo que responder una consulta formulada por un juez italiano, sobre si el art. 54 del Convenio:

“se aplica 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 otro Estado miembro

⁷⁰⁶ La declaración final de esta sentencia tiene, como no podía ser de otro modo, un alcance restringido ceñido a los términos de la consulta. Allí se expresa concretamente: “El principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (. . .) se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.” TJE, caso *Gözütok*. . ., ya citado, punto resolutivo único.



contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo⁷⁰⁷.”

Los hechos a resolver entrañaban aquí una paradoja. A un sujeto, que al parecer se dedicaba a transportar heroína de Italia a los Países Bajos, se le había iniciado un procedimiento penal en este último Estado. Poco tiempo después se le había iniciado un segundo proceso en Italia. Precisamente por este motivo, el fiscal del primer proceso decidió no seguir llevando adelante la acción. Ahora bien, cuando las autoridades italianas pidieron posteriormente asistencia a las autoridades de los Países Bajos, les fue denegada. Más aún, las autoridades de este último Estado invocaron la aplicación del art. 54 del Convenio para rechazar la cooperación, con lo cual el juez italiano se vio en la necesidad de resolver si, debido a la clausura de ese procedimiento, no estaba obligado también a cerrar el que ante él tramitaba⁷⁰⁸. Para ello consultó al Tribunal de Justicia, pues entendía que era erróneo interpretar el art. 54 de modo tal que se privase a ambos Estados de toda posibilidad de llevar a delante una persecución penal⁷⁰⁹.

El Tribunal dio la razón al juez italiano, y con ello precisó más su jurisprudencia sobre el concepto de “sentencia firme”. En este sentido, afirmó que una resolución judicial en la que no se efectúa ninguna apreciación sobre el fondo del asunto no puede ser considerada como una decisión que juzga “en firme” a la persona en el sentido del art. 54 del Convenio⁷¹⁰. Agregó además que esto se vinculaba también

⁷⁰⁷ TJE, caso *Miraglia*, ya citado, párr. 28.

⁷⁰⁸ *Idem*, la secuencia de sucesos de ambos procesos se desarrolla en los párr. 13 a 23.

⁷⁰⁹ *Idem*, párr. 24 y 25.

⁷¹⁰ *Idem*, párr. 30, donde se lee: “Ahora bien, una decisión judicial, como la controvertida en el asunto principal, pronunciada después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos sin que se haya efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo, no puede considerarse una decisión que juzga en firme a esta persona en el sentido del artículo 54 del CAAS.”

con una interpretación autónoma de la norma en cuestión, no sujeta a la variabilidad de los ordenamientos de los Estados⁷¹¹. Asimismo sostuvo el Tribunal que el art. 54 del convenio no puede ser interpretado de modo tal que se torne ilusoria toda posibilidad de persecución penal de una persona, pues ello sería contrario a la finalidad del Tratado de la Unión Europea en la medida en que en el se expresa que el espacio de seguridad y justicia es también uno en el que se previene y se lucha contra la delincuencia⁷¹².

Posteriormente, el Tribunal volvió a referirse al concepto de “sentencia firme” en *van Straaten*. Allí sobre la base de las mismas consideraciones vertidas en *Miraglia* expresó que una absolución por falta de pruebas también consistía un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en el sentido del art. 54 del Convenio⁷¹³. Es interesante constatar que en *van Straaten* el Tribunal afirmó que con ello no se estaba pronunciando si una absolución que no se basa en una apreciación sobre el fondo queda comprendida en las previsiones de esa misma norma⁷¹⁴. Esta última salvedad resulta sorprendente pues, en principio la cuestión parecía haber quedado ya resuelta en *Miraglia*. Lo que sugiere la aclaración es que podría haber algún tipo de resoluciones que, no obstante no pronunciarse sobre el fondo, tendrían igualmente eficacia obstaculizadora de una persecución penal posterior en los términos del art. 54 del Convenio.

La sospecha generada por el Tribunal en *van Straaten* fue rápidamente confirmada en el caso *Gasparini* (ambas sentencias se dictaron el mismo día). En esta última decisión, el Tribunal debió resolver una consulta en punto a si una absolución por prescripción de la acción penal decretada en un Estado miembro, también generaba la prohibición de realizar una persecución penal en otro⁷¹⁵. La respuesta fue afirmativa, sobre la base de argumentos ya mencionados aquí: la

⁷¹¹ *Idem*, párr. 31.

⁷¹² *Idem*, párr. 33 y 34.

⁷¹³ TJE, caso *van Straaten*, ya citado, párr. 60.

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ TJE, caso *Gasparini*, ya citado, párr. 22.

necesidad de asegurar la libre circulación en el territorio de la Unión⁷¹⁶, la irrelevancia de que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros tengan normas diferentes (en este caso sobre prescripción)⁷¹⁷, y la exigencia de una confianza mutua en las resoluciones judiciales dictadas en los diferentes Estados de la Unión⁷¹⁸.

Faltan sin embargo en *Gasparini* argumentos más específicos que permitan evaluar sus alcances en relación con el precedente *Miraglia*. Si lo que permite dejar de lado la exigencia de una resolución sobre el fondo del asunto es la necesidad de asegurar el libre tránsito, la confianza mutua y demás criterios que sirven en general para justificar el *ne bis in idem* dentro de la Unión, no se entiende muy bien para qué estableció el Tribunal dicha exigencia. Una posibilidad es considerar el concepto “resolución sobre el fondo” no marca un límite a la aplicación de la garantía en estudio sino más bien una inclusión. Así, toda decisión sobre el fondo del asunto obstaculizaría la persecución posterior, pero nada podría asegurarse respecto de las que no lo fueran. Algunas también obstaculizarían y otras no. Faltaría entonces un criterio más preciso para establecer el límite. Sin embargo no es esa la lectura que surgía del contexto de *Miraglia* donde la referencia a “resolución sobre el fondo” parece tener un peso más decisivo⁷¹⁹.

b) La incidencia en esta cuestión de la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención

De todos modos, hay un problema tratado por el Tribunal en la sentencia de *Gasparini* que merece una consideración especial, pues

⁷¹⁶ *Idem*, párr. 27 y 28.

⁷¹⁷ *Idem*, párr. 29.

⁷¹⁸ *Idem*, párr. 30.

⁷¹⁹ Al Abogado General actuante en este caso no le pasó despercebida esta dificultad, y exigió en su dictamen que para que tenga eficacia operativa respecto de la garantía en estudio la decisión sobre prescripción también contenga un análisis sobre el fondo. Hay que decir de todos modos que eso en la práctica equivaldría a restarle eficacia prácticamente a todas las resoluciones sobre prescripción de la acción.

afecta en su conjunto toda la comprensión del concepto de sentencia firme del art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, si se lo quiere leer sistemáticamente en el conjunto de las disposiciones del derecho comunitario europeo. Surge en efecto de dicha sentencia que el gobierno de los Países Bajos había planteado que la prescripción no podía tener eficacia obstaculizadora de posteriores procesos en otros Estados miembros, en razón de lo dispuesto la Decisión Marco del Consejo de la Unión relativa a la orden de detención europea⁷²⁰. Esta norma trae concretamente en su art. 4(4) una previsión interesante. Según ella, cuando un Estado miembro recibe una orden de detención de otro, puede negarse a ejecutarla si, tratándose de un delito que también es de su competencia, ha prescrito la acción o la pena conforme su propio ordenamiento⁷²¹.

A partir de lo expuesto se puede afirmar que la Decisión Marco permite implícitamente que un Estado persiga penalmente a un sujeto que fue sometido previamente a un proceso penal en otro Estado de la Unión por los mismos hechos, cuando el primer proceso concluyó por declaración de prescripción. En efecto, tratándose de una denegación meramente facultativa, ello significa que el Estado requerido puede eventualmente ejecutar la orden de detención privando de su libertad a la persona y poniéndola a disposición del Estado requirente. De ello se sigue que éste último podrá llevar adelante el proceso, pues sería absolutamente asistemático sostener que, no obstante poder pedir

⁷²⁰ *Idem*, párr. 31. Véase también 2002/584/JAI: 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. Diario Oficial n° L 190 de 18 de julio de 2002 págs. 0001 a 0020.

⁷²¹ El texto exacto de esta disposición es el siguiente:

“Artículo 4

Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea

La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea: (. . .)

4) cuando haya prescrito el delito o la pena con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho penal;”

y obtener la detención, el país requirente estará luego obligado a clausurar su procedimiento por aplicación del *ne bis in idem* del art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

Al tratar en *Gasparini* el problema reseñado, el Tribunal de Justicia buscó una salida inteligente. Como es bien sabido, la Decisión Marco sobre la euroorden trae, además de las denegaciones facultativas, otras que son obligatorias y para cualquier clase de delito⁷²². Entre ellas, en el art. 3 (2), hay una cláusula sobre *ne bis in idem* bastante similar en sus términos al art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Allí se obliga a rechazar la orden si la persona fue “juzgada definitivamente” por los mismos hechos en cualquier Estado de la Unión⁷²³. Sobre estas bases, el Tribunal interpretó que la referencia a la prescripción que permite una denegación meramente facultativa se trata únicamente de los supuestos en que ella no ha sido efectivamente declarada. Si lo hubiera sido, la ejecución de la orden estaría prohibida por constituir un *bis in idem*. En definitiva, el Tribunal pretendió en *Gasparini* darle al “juicio definitivo” del art. 3(2) de la decisión marco el mismo alcance que a la “sentencia firme” del art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, extendiendo su aplicabilidad a otros supuestos más allá de la sentencia en sentido

⁷²² Para un análisis general de la denegación de cooperación en virtud de la euroorden por aplicación del *ne bis in idem* véase DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Eficacia transnacional del non bis in idem y denegación de la euroorden”, en *La Ley*, año XXVI, número 6330, Madrid, 2005, págs. 1 a 5.

⁷²³ El texto exacto de la disposición es el siguiente:

“Artículo 3

Motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea

La autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (denominada en lo sucesivo “autoridad judicial de ejecución”) denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes: (. . .)

2) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena”.



estricto, dictada como consecuencia de un juicio pleno y contradictorio.

No obstante la astucia de la argumentación previamente reseñada, la Decisión Marco en cuestión contiene en su articulado otros supuestos de denegación facultativa que ponen en entredicho la interpretación del Tribunal de Justicia.

Un rápido repaso de la Decisión Marco nos muestra que el citado art. 3(2) habla, como se dijo, de que la orden será denegada (obligatoriamente) si la persona fue “juzgada definitivamente” en cualquier Estado miembro. El art. 4(2) habla ya de una denegación facultativa en caso de que la persona esté sometida a un proceso penal por el mismo hecho. Siendo que en este caso la denegación es facultativa, el Estado que recibe la orden podría ejecutarla, cooperando así con la duplicidad de procesos en trámite⁷²⁴. De todos modos es cierto que esta duplicidad ha sido encarada en el marco de la Unión como una cuestión de conflicto de jurisdicciones y no como un problema de *ne bis in idem* estrictamente. Aún dentro de la normativa de Schengen, la explícita referencia a una resolución firme contenida en el art. 54 del Convenio como presupuesto para la aplicación del *ne bis in idem* impide considerar que queda prohibida por él la simple concurrencia de procesos en trámite⁷²⁵.

El supuesto más interesante deriva más bien del art. 4(3) de la Decisión Marco comentada. Este es otro caso de denegación facultativa de una orden europea de detención, en el que se menciona en pri-

⁷²⁴ El texto de esta disposición es el siguiente:

“Artículo 4

Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea

La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea: (. . .)

2) cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea”.

⁷²⁵ De todos modos, la posibilidad de aplicar el art. 54 a los casos de concurrencia de procesos en trámite no ha sido hasta el presente tratada por el Tribunal de Justicia.

mer lugar como fundamento para el eventual rechazo el hecho de que el Estado al que se le pide la ejecución hubiera decidido “o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden, o bien concluirla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales⁷²⁶”. Es decir que, aún ante la existencia de una resolución firme por la cual el Estado al que se le pide la ejecución (o cualquier otro Estado miembro de la Unión) hubiesen decidido no llevar adelante la acción penal, o ponerle fin, el Estado requerido podría ejecutar la orden de detención si quisiese. A partir de esto, resulta más claro que en ella el único supuesto de prohibición absoluta de ejecución de la orden por *bis in idem* tiene que ver con la existencia de un juicio previo en cualquier Estado de la Unión en el que se hubiera decidido sobre el fondo del asunto. Cualquier forma de conclusión anticipada del proceso, aún cuando fuera tomada mediante una resolución judicial firme, solo habilita a denegaciones facultativas. Los casos de prescripción declarada antes del juicio en sentido estricto entran más claramente en este apartado si no se los quiere considerar desde la perspectiva específica del art 3(4) antes reseñada. Ello es así pues se trata de supuestos en los que se decide no seguir adelante con la acción, impidiendo que la persona sea “definitivamente juzgada”.

Además de lo dicho, hay en la Decisión Marco sobre la eu-roorden otro supuesto que merece un comentario. Se trata del art. 4(5), en el que se habla de la posibilidad de denegación facultativa de la or-

⁷²⁶ El texto de esta disposición es el siguiente:

“Artículo 4

Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea

La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea: (. . .)

3) cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o bien concluirla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales”.

den “cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena⁷²⁷”. Conviene repetirlo una vez más, tratándose de un supuesto de denegación facultativa, el Estado requerido podría ejecutar la detención si quisiera hacerlo. Se trata en definitiva de una ampliación del reconocimiento de un *ne bis in idem* internacional para los casos de resoluciones dictadas fuera de la Unión Europea. Sobre esta cuestión se volverá luego.

A partir de todo lo expuesto, y confrontando la normativa del art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen con el texto de la Decisión Marco sobre orden europea de detención es posible hallar tres opciones interpretativas posibles frente a la cuestión del concepto de “sentencia firme” a los fines de la aplicación del *ne bis in idem* entre distintos Estados parte de la Unión Europea. La primera es considerar que cuando la Decisión Marco habla en el art. 4(3) de “no incoar acción penal” o de “concluirla” se refiere exclusivamente a decisiones previas que no versaron sobre el fondo del asunto. Si hubiera pronunciamiento sobre el fondo se estaría ante una sentencia definitiva que obligaría a denegar la orden siempre conforme el art. 3 (2), pues el proceso tramitado ante el Estado que la emitió estaría vulnerando el *ne bis in idem*. Del mismo modo, para armonizar la referencia a “otra resolución definitiva en un Estado miembro que obstaculice el ejercicio de las acciones” con la doctrina del Tribunal de Justicia habría que sostener que también se trata de supuestos en que la obstaculización opera exclusivamente en el orden interno de los Estados en que dichas resoluciones se hubieran dictado, y también que se trata de

⁷²⁷ El texto reza:

“5) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena”.

decisiones que no versan sobre el fondo. Esta argumentación permite salvar en buena medida la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre todo a la luz del caso *Miraglia*. Sin embargo la relativización del concepto de “resolución sobre el fondo” operada en *Gasparini* al extenderla a los supuestos de prescripción, reduce mucho las posibilidades de una armonización.

La segunda posibilidad es cuestionar la legitimidad del art. 4(3) de la Decisión Marco sobre la base de lo que implica el *ne bis in idem* europeo como principio fundamental del derecho comunitario. De todos modos, frente a la tradicional negación del carácter de derecho fundamental de un *ne bis in idem* internacional, esta argumentación presenta muchas dificultades. En definitiva está consolidada en el orden europeo la idea de que habrá tanta aplicación internacional de la garantía como se obligue mediante una norma positiva europea. Pero el punto de partida parece ser la no vigencia de un *ne bis in idem* internacional.

La tercera posibilidad es considerar que las interpretaciones del Tribunal de Justicia sobre el *ne bis in idem* versión Schengen no pueden sostenerse frente al texto expreso de la Decisión Marco que claramente utiliza en cada supuesto vocablos diferentes. En efecto, habla de un “juicio definitivo” en sentido estricto en el art. 3(2) para prohibir de manera absoluta la ejecución de una orden europea de detención, de modo tal que razonablemente cabría pensar que no pueden prosperar procesos ulteriores a una decisión de esa naturaleza, cualquiera sea el delito que esté siendo perseguido. Habla luego la decisión marco de “no incoar”, de “concluir”, y de “otras resoluciones definitivas” en el art. 4(3); de prescripción en el art. 4(4), y de sentencias definitivas de terceros Estados no miembros 4(5). Aquí estarían incluidas entonces un conjunto de formas de terminación del primer proceso que no generan necesariamente un *bis in idem* internacional intraeuropeo por ser algunas de ellas anteriores a la sentencia definitiva propiamente dicha, y otras por corresponderse con sentencias definitivas de terceros Estados. De todos modos como esas otras formas de conclusión del primer proceso tendencialmente se vinculan con la

prohibición en estudio, se permite, si mediara alguna de ellas, la denegación meramente facultativa de la ejecución de la orden europea de detención. En otras palabras, si se sigue esta interpretación la “sentencia firme” sería solamente aquella dictada después de un juicio pleno y contradictorio: el modo normal de conclusión del proceso.

La interpretación sugerida en el párrafo previo es además la que mejor concuerda con la tradición europea en materia de extradición, conforme lo dispuesto en el art. 9 de la Convención Europea sobre Extradición de 1957 que la euroorden vino precisamente a reemplazar⁷²⁸. En dicha Convención el concepto de “sentencia firme”, a los fines de la aplicación del *ne bis in idem*, tiene indudablemente un significado restringido⁷²⁹, y esta norma es además particularmente adecuada para interpretar el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de modo sistemático. En efecto, los arts. 59 y 60 del Convenio, que también tratan sobre extradición, regulan la cuestión remitiendo expresamente a esa Convención.

El repaso de las tres posibilidades reseñadas permite descartar fácilmente la segunda. Resulta en cambio más difícil optar entre la primera y la última alternativas. La primera tiende a una mayor unifi-

⁷²⁸ En efecto, el art. 31 de la decisión marco, orientado precisamente a regular las relaciones de esa norma con otros instrumentos jurídicos, dispone expresamente que ella sustituirá, entre otros, al Convenio europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957.

⁷²⁹ El citado artículo 9, específicamente titulado “*Non bis in idem*” dispone lo siguiente: “No se otorgará la extradición si las autoridades competentes de la Parte requerida hubieran dictado una sentencia definitiva sobre la persona reclamada respecto del delito o los delitos por los cuales la extradición sea solicitada. La extradición podrá ser denegada si las autoridades competentes de la Parte requerida hubieran decidido no iniciar o bien concluir los procedimientos respecto de ese mismo delito o delitos.”

Obsérvese como en la prohibición absoluta de extradición se habla de “sentencia definitiva”, en tanto que los casos de otras resoluciones que impliquen no llevar adelante o concluir anticipadamente el proceso penal solo dan lugar a una denegación facultativa de la extradición pero ella no resulta prohibida. De ello se sigue que en este instrumento la alocución “sentencia definitiva” también está utilizada claramente en un sentido restringido.

cación entre los países miembros de la Unión, aunque en alguna medida es impuesta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia forzando a los Estados miembros a adaptarse. Además, resulta sin dudas más favorable a las personas imputadas. La última se adecua mejor a una lectura literal y sistemática de las normas positivas vigentes, y tampoco resulta insostenible en un plano valorativo, salvo quizás en los casos en que no obstante su conclusión anticipada (antes de una sentencia), el primer proceso haya significado, por sus avatares propios, un riesgo tan relevante para la persona imputada que su repetición posterior en otro Estado implique un trato desproporcionado.

c) Recapitulación sobre el concepto de “sentencia firme” en el *ne bis in idem* del Convenio

A modo de recapitulación parcial puede decirse entonces que el concepto de sentencia firme del art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen parece incluir, según las interpretaciones del Tribunal de Justicia, cualquier decisión sobre el fondo del asunto dictada en cualquier etapa de un proceso penal, ya sea con sentido condenatorio o absolutorio, más las decisiones sobre prescripción y aquellas que tienen efectos sancionatorios como producto de acuerdos entre partes. Por ello, luego de una resolución de esta naturaleza, se considera prohibido el inicio o continuación (si ya se hubiera iniciado) de cualquier otro procedimiento penal que verse sobre los mismos hechos en otro Estado de la Unión. En cambio, no está prohibida por la garantía la concurrencia de procesos en trámite⁷³⁰. También quedan exclu-

⁷³⁰ Hay sin embargo en el Derecho de la Unión un tímido avance en esa dirección. Así por ejemplo en el apartado 2 del art. 6 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas se establece: “Cuando más de un Estado miembro tenga competencia sobre una infracción basada en los mismos hechos y pueda entablar al respecto una acción judicial viable, los Estados miembros interesados cooperarán para decidir cuál de ellos enjuiciará al autor o autores de la infracción, con el fin de centralizar, cuando ello sea posible, las diligencias judiciales en un único Estado miembro.”

Esta disposición pone de manifiesto cierta preocupación por unificar los procesos judiciales sancionatorios referidos a los mismos hechos. De todos modos

dos en principio de su ámbito de aplicación otros casos en que el primer procedimiento concluye mediante una resolución que no se pronuncia sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, una lectura sistemática del Convenio que tome en consideración las disposiciones de la Decisión Marco sobre Orden Europea de Detención y de la Convención Europea sobre Extradición de 1957 puede, desde cierta perspectiva, poner en entredicho las interpretaciones del Tribunal de Justicia y llevar a considerar que la noción de sentencia firme debería interpretarse en un sentido más restringido todavía⁷³¹.

No obstante lo mucho que se lleva dicho hasta aquí en punto al concepto de “sentencia”, y la posibilidad de que este incluya resoluciones judiciales previas a la decisión tomada luego de un juicio pleno, y aún cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta ahora analizada pareció evolucionar en dirección a considerar que este concepto tiene un significado autónomo amplio, lo cierto es que en casos más recientes el Tribunal se ha mostrado proclive a tomar en cuen-

parecería que, en el contexto del Convenio, tal preocupación está más orientada a lograr una persecución eficaz que a garantizar los derechos individuales.

⁷³¹ Hay que tener en cuenta de todos modos que el propio Tribunal de Justicia ha rechazado que el texto de la Decisión Marco sobre la euroorden pueda influir en la comprensión del Convenio. Es cierto que lo hizo en particular en relación con el concepto de “ejecución” del artículo 54, y no respecto de la noción de “sentencia firme”. Sin embargo parte de sus argumentos parecen tener un alcance más general. En efecto, ha llegado a decir: “[L]a interpretación del artículo 54 del CAAS no puede depender de las disposiciones de la Decisión marco, ya que, de lo contrario, se generaría una inseguridad jurídica resultante, por un lado, del hecho de que no todos los Estados miembros que están vinculados por la Decisión marco lo están también por el CAAS –Convenio éste que, además, se aplica a algunos Estados terceros– y, por otro lado, de la circunstancia de que el ámbito de aplicación de la orden de detención europea es limitado, contrariamente a lo que sucede con el artículo 54 del CAAS, que es válido respecto de todas las infracciones castigadas por los Estados que se han adherido a este Convenio.” TJE, caso *Kretzinger* . . . , ya citado, párr. 62.

No obstante estos argumentos, en la medida en que ambas normas forman parte del Derecho de la Unión Europea y su aplicación se superpone en un buen número de Estados miembros, se impone la necesidad de una interpretación sistemática para evitar posibles contradicciones entre ambas.

ta el derecho interno de los Estados parte en punto al carácter de “firme” de las resoluciones judiciales que obstaculizarían una posterior persecución. En efecto en el caso *Mantello*, el Tribunal expresó que el carácter “definitivo” (firme) de una sentencia se define con arreglo al Derecho del Estado miembro donde se ha dictado la sentencia. Es decir que una resolución que conforme al Derecho de ese Estado no extingue definitivamente la acción pública en principio no puede erigirse en un impedimento para que otro Estado de la Unión inicie o prosiga diligencias penales por los mismos hechos⁷³². Más aún, para ello el Tribunal recomienda para estos casos que se recurra a los procedimientos de solicitud de información jurídica entre Estados parte⁷³³.

Hay que destacar que *Mantello* no está referido estrictamente al *ne bis in idem* del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen sino a la norma análoga de la Decisión Marco sobre la orden Europea de detención. Así todo en ese fallo se analizan otros aspectos de la garantía y jurisprudencia anterior del propio Tribunal referidos a ambas normas en su conjunto. Con lo cual lo que allí se afirmó resulta perfectamente trasladable.

7) ¿PROHIBICIÓN DE UN SEGUNDO JUICIO, DE UN SEGUNDO PROCESO O DE QUE EXISTA LA POSIBILIDAD DE SER PERSEGUIDO DOS VECES?

Corresponde volver ahora sobre una problemática ya parcialmente considerada en el punto anterior, y también cuando se analizó si la versión Schengen de la garantía en estudio cubre la vertiente sustantiva y la procesal o solo la primera de ellas. Allí quedó dicho que la prohibición de *bis in idem*, tal como surge del art. 54 del Convenio y ha interpretado el Tribunal de Justicia, se refiere toda persecución penal posterior a un procedimiento concluído que verse sobre los mismos hechos y se siga contra el mismo sujeto. Lo vedado es tanto el inicio de un proceso nuevo cuando existió uno anterior ya clausurado

⁷³² TJE (gran Sala), caso *Mantello* . . . , ya citado, párr. 46 y 47.

⁷³³ *Idem*, párr. 48 y 49.

por resolución firme, como la continuación de uno de dos procesos seguidos paralelamente en dos Estados la Unión diferentes luego de que alguno de ellos se hubiera clausurado por una decisión definitiva (recuérdese que la mera concurrencia de acciones penales en diferentes Estados de la Unión no está en principio prohibida).

Resta entonces determinar si existe además alguna forma de protección anticipada. Es decir si la garantía prohíbe, además del segundo proceso y la segunda sanción, todo acto previo o contemporáneo que los haga posibles, que genere el riesgo de que ello ocurra.

En una primera aproximación a esta cuestión corresponde aclarar que, dado que el art. 54 y siguientes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen regulan un *ne bis in idem* internacional entre los Estados miembros de la Unión Europea, no interesan aquí el problema de reapertura de un mismo proceso luego de concluido (revisión en contra del imputado), o el recurso de la parte acusadora y el riesgo que ello pueda implicar de repetición de juicio ante el mismo u otro Tribunal del mismo Estado. Nada de eso queda cubierto por la normativa de Schengen, pues son aspectos que hacen a los alcances del *ne bis in idem* interno, regulado por las legislaciones locales y, para aquellos Estados que son parte, por el Protocolo 7 adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos⁷³⁴.

⁷³⁴ Estas cuestiones, y otras de similar tenor, tienen sin embargo cierto interés para la configuración del *ne bis in idem* de la Unión Europea en la determinación de los alcances de la garantía en los casos en que los órganos comunitarios imponen sanciones. Hasta cierto punto el tema ha sido tratado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Limburgse Vinyl Maatschappij* ya citado. Allí se declaró por un lado que la garantía opera luego de una **sentencia absolutoria que no puede ser objeto de recurso**, con lo cual implícitamente se reconoce que los recursos contra tales sentencias son compatibles con el *ne bis in idem*. En efecto, en el párr. 59 de dicha resolución se lee: “(E)l principio *non bis in idem* (. . .) prohíbe, en materia de competencia, que se condene o se inicie un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso.”

Asimismo en el párr. 62 se afirmó que el *ne bis in idem* “no se opone en sí mismo a que se reinicie un procedimiento que tenga por objeto el mismo comporta-



Lo que interesa aquí entonces es la determinación de si la garantía prohíbe ya algún tipo de actividad de un Estado que genere el riesgo de realización de un segundo proceso o la imposición de una segunda sanción en otro Estado. El problema tiene su importancia dentro de la Unión, y aún dentro del Derecho Internacional en general. Lo que un Estado podría hacer, generando el riesgo de iniciación o continuación de un segundo proceso, o bien de imposición de una segunda pena, es brindar cooperación o asistencia a un Estado que pretenda hacerlo, o reconocer una sentencia extranjera dictada en violación la garantía iniciando por ejemplo los trámites para su ejecución en el propio territorio. Dicho con otras palabras, la tendencia a una mayor cooperación entre Estados en materia penal puede en cierta medida oponerse a la efectiva vigencia de la garantía en la medida en que se reconozca la necesidad de su aplicación internacional. Por eso es que se hace necesario determinar si la cooperación, asistencia o reconocimiento implican por sí solos una violación de ella⁷³⁵.

A favor de de extender los alcances del *ne bis in idem* en esa dirección está el hecho de que aparezcan habitualmente regulaciones al respecto en varios instrumentos que se refieren precisamente a esa cooperación. Concretamente, como se vio en el acápite previo, existen

miento contrario a la competencia, cuando una primera decisión ha sido anulada por motivos de forma sin que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos imputados, de manera que la decisión de anulación no tiene el valor de una «absolución» en el sentido que se atribuye a dicho término en el ámbito punitivo. En semejante caso, las sanciones impuestas por la nueva decisión no se añaden a las impuestas por la decisión anulada, sino que las sustituyen.”

Como puede verse entonces, la retrogradación del proceso en razón de una declaración de nulidad no implica para el Tribunal de Justicia una vulneración de la garantía.

⁷³⁵ Así parece entenderlo la Comisión de las Comunidades Europeas al afirmar que el actual reconocimiento de la garantía en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen “. . . would not only exclude a further trial or punishment (. . .) but pre-trial proceedings, too. Accordingly, requests for judicial assistance and/or for the execution of prosecutorial acts other than those aiming at a reopening of proceedings could no longer be justified.” Véase Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper*. . ., ya citado, pág. 60.

disposiciones sobre la garantía en la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea y en la Convención Europea sobre Extradición de 1957. En ellas se distingue lo que es una prohibición absoluta de cooperación (en los casos de sentencia definitiva previa) de los supuestos de denegación facultativa (otro tipo de resoluciones que ponen fin al primer proceso). En cambio el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 ha sido en este punto aún menos generoso, ya que su art. 2 menciona solamente supuestos de denegación facultativa entre los que no se encuentra la prohibición de *bis in idem*⁷³⁶. Igualmente en la ya citada Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniaras se posibilita, como se vio, la denegación facultativa del reconocimiento en los casos de existencia de una condena previa en el Estado al que se le pide el reconocimiento, o bien en un tercer Estado (en este último caso se requiere que sea una resolución condenatoria ya ejecutada)⁷³⁷.

Existen también en la regulación del *ne bis in idem* del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen algunas referencias que ponen de manifiesto la intención de limitar la cooperación internacional en materia penal cuando de ello pueda resultar una afectación de la garantía. Se trata en concreto del art. 55, inciso 4). En los diferentes incisos de este artículo se desarrollan las excepciones posibles a la aplicación de la garantía, que los Estados miembros pueden invocar para perseguir o condenar penalmente por segunda vez si hacen la reserva correspondiente. Ahora bien, en el inciso 4) se señala que los Estados no podrán invocar dichas excepciones (aún cuando hubieran hecho las reservas del caso) si ellos mismos le hubieran solicitado a las autoridades del Estado en el que tuvo lugar el primer proceso que

⁷³⁶ Es de destacar que, si bien este Convenio de Asistencia no es una norma que rija exclusivamente en el ámbito de la Unión Europea sino más bien en el del Consejo de Europa, ha sido recogido expresamente por el art. 48 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. En este último artículo se señala precisamente que la normativa de Schengen solo busca completar el viejo Convenio Europeo y facilitar su aplicación.

⁷³⁷ Véase el art. 7, inc. 2, apartado a) de dicha Decisión Marco.

lo llevara adelante, o bien si hubieran extraditado a la persona o personas imputadas a dicho Estado. Dicho de otro modo, el Estado que pretende aplicar una excepción a la garantía persiguiendo penalmente a una persona que ya fue juzgada por sentencia firme en otro país miembro de la Unión, no debe haber cooperado en la realización de ese primer proceso. Si lo hizo, ya no podrá perseguir. Es cierto que este no es estrictamente un supuesto de limitación de la cooperación sino más bien de prohibición de la persecución posterior. Pero en él se pone de manifiesto también que la cooperación con otros Estados en materia penal implica en cierta medida la creación de un riesgo relevante de que una persona resulte condenada, y por ello puede resultar eficaz para hacer operativa la aplicación intraeuropea del *ne bis in idem*.

En definitiva es posible advertir que la normativa existente no solo trata de evitar que los Estados de la Unión violen el *ne bis in idem* intraeuropeo sino que también existe una evolución paralela orientada a que ellos mismos impidan que otros Estados lo hagan generándoles obligaciones de no cooperar o bien facultándolos a no hacerlo. El panorama es de todos modos bastante variado según se trate de una extradición, de una cooperación de otro tipo o del reconocimiento y la ejecución de una sentencia. Tales variaciones entrañan hasta cierto punto contradicciones que sería necesario eliminar. Por ejemplo, la prohibición absoluta de ejecutar una orden de detención mediando resolución firme en el propio Estado o en otro de la Unión (Decisión Marco sobre euroorden) no se compatibiliza muy bien con el hecho de una denegatoria meramente facultativa de ejecutar una sentencia extranjera violatoria de la garantía (decisión marco sobre reconocimiento de resoluciones que imponen sanciones pecuniarias). Se podría plantear, por ejemplo, el caso de que un Estado que se vio impedido de ejecutar una orden de detención pedida por un tribunal extranjero por haberse dictado sentencia firme sobre los mismos hechos en un tercer país de la Unión, esté luego facultado a prestar otro tipo de ayudas, o a ejecutar si lo desea la sentencia condenatoria a pena pecuniaria que dicte ese mismo tribunal en la misma causa (suponiendo que a pesar de la no ejecución de la orden de detención el procedi-



miento haya podido continuar por alguna razón como sería el traslado voluntario del imputado al país donde se inicio el segundo proceso en violación de la garantía)⁷³⁸.

B) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1) LAS EXCEPCIONES A LA GARANTÍA

Como es posible apreciar con la sola lectura de las disposiciones sobre *ne bis in idem* del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, las excepciones están expresamente reguladas en el art. 55, inc. 1. Sin embargo, al consagrarse la garantía en el art. 54 se establece un límite peculiar a sus alcances que, en comparación con otras formulaciones existentes puede ser considerado como una excepción general. Por su ubicación dentro del texto, conviene entonces analizarla en primer lugar.

a) La excepción de “condena ejecutable”

Lo que parece surgir concretamente del art. 54 es que si un imputado fue condenado por sentencia firme y no ha cumplido su san-

⁷³⁸ Destacando del mismo modo la existencia de ciertas contradicciones entre los distintos instrumentos europeos y la necesidad de una compatibilización se ha llegado a afirmar: “*Within an area of justice, ne bis in idem should be a ground for mandatory nonexecution or non-recognition of any request be it for mutual recognition or execution of a decision, or for legal assistance. It will have to be discussed whether this could be made clear in one horizontal instrument, or whether the text of specific instruments will also have to be aligned.*”

Furthermore, it should be examined to what extent specific provisions in certain instruments (. . .) should be amended.” Véase Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper*. . ., ya citado, pág. 61. Asimismo véase Véase Comisión Europea, Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales, COM (2005) 696 final, preguntas n° 22 y n° 24.

ción (pero puede aún cumplirla según la ley del Estado que lo condenó), en tal caso sí podría ser válidamente sometido a proceso y condenado en un Estado diferente por esos mismos hechos⁷³⁹. La excepción resulta explicable desde la lógica del *ne bis in idem* internacional entendido como manifestación de la confianza de un Estado de la Unión hacia lo decidido en otro. De este modo, mediando condena previa no ejecutada pero ejecutable, la realización de un nuevo proceso penal no implica una muestra tan grave de desconfianza hacia lo decidido por otro Estado, en tanto constituye una eventual forma de hacer posible una sanción que el Estado que condenó primero consideró necesario aplicar aunque no llegó a hacerlo.

Otra explicación de mayor peso es que, si se extendiera la garantía a estos casos, podría darse una inaceptable laguna de impunidad. Considerese por ejemplo que un Estado somete a proceso a una persona y la condene, pero no llegue a ejecutar la sentencia porque el imputado escapa. Podría ocurrir en tal situación que un segundo Estado no pudiera someter a la persona a proceso o extraditarla por la existencia de la condena previa firme (*bis in idem*). Ello sería equivalente a promover que las personas condenadas huyan apenas conocida su sentencia evitando así toda posibilidad de sanción⁷⁴⁰.

⁷³⁹ En relación con las penas de ejecución condicional, el Tribunal de Justicia ha entendido que “una pena privativa de libertad cuya ejecución ha sido dejada en suspenso, en la medida en que castiga el comportamiento ilícito de una persona condenada, constituye una sanción a efectos del artículo 54 del CAAS. Deberá considerarse que la mencionada pena ‘se está ejecutando’ a partir del momento en que la condena se haya hecho ejecutiva y durante todo el plazo de suspensión de la pena. Posteriormente, una vez transcurrido dicho plazo de suspensión, deberá considerarse que la pena ‘se ha ejecutado’ a efectos de esa misma disposición.” TJE, caso *Kretzinger*, ya citado, párr. 42.

En cambio en el mismo caso, párr. 43 a 52, se afirmó también que los períodos de prisión preventiva no constituyen propiamente “ejecución de una pena” en el sentido del art. 54 del Convenio, por más que en el Derecho local de los Estados parte tales períodos deban ser descontados de la pena a cumplir.

⁷⁴⁰ En igual sentido véase LELIEUR FISCHER, Juliette, *Comments on the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, pág. 28, párr. 40. Documento catalogado por la Comisión de las Comunidades Europeas bajo el registro JLS/748/06-EN.

La Comisión de las Comunidades Europeas entiende, a propósito del problema antes señalado, que la excepción ha perdido buena parte de su razón de ser puesto que las posibilidades de ejecutar una condena se han visto en gran medida facilitadas dentro de la Unión por las múltiples disposiciones sobre reconocimiento de sentencias⁷⁴¹. Si se sigue esta perspectiva hasta sus últimas consecuencias, el Estado no debería entonces prácticamente nunca iniciar un segundo proceso por los mismos hechos sino que debería ejecutar directamente él mismo la condena extranjera firme, o bien extraditar al condenado al Estado de la primera condena para que ella se haga efectiva. Esto último reclamaría sin dudas una sensible reducción de las exigencias sobre extradición en los casos de condena extranjera firme, preexistente y vigente⁷⁴².

Si de todos modos ninguna de las dos soluciones previamente mencionadas fuera posible, recién entonces podría pensarse en una segunda persecución penal. En tal caso resultaría necesario determinar el límite punitivo de ese segundo proceso. Conforme la redacción actual del art. 56 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el segundo Estado sólo se vería limitado por el principio de cómputo, resolviendo conforme su propio derecho penal pero tomando en consi-

Este documento fue presentado en representación del Instituto Max Planck y, tal como indica su título, constituye la respuesta a las consultas planteadas en el Libro Verde de la Comisión sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales.

⁷⁴¹ Véase Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper*. . . , ya citado, pág. 47.

⁷⁴² Respecto de esta cuestión, es interesante ver que en la propuesta de Friburgo también se da prioridad a la ejecución de la condena, ya sea por el Estado que la impuso o por otro, sobre la base de los mecanismos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras existentes en la Unión. Si esto no fuera factible, recién entonces se admite la segunda persecución siempre y cuando la primera condena fuera todavía ejecutable conforme la ley del Estado que la impuso (mismo requisito que en el art. 54 del Convenio), pero a la vez enfatizando en que su ejecución fuera imposible por un obstáculo permanente (es decir que no bastaría que estuviese temporalmente dificultada). A esa exigencia se agrega además otra limitación: si por algún motivo el obstáculo es removido, el segundo proceso debe cesar inmediatamente. Véase BIEHLER *et. al.*, *ob. cit.*, Sección 2, § 7, pp. 27 a 31.



deración las sanciones y restricciones a la libertad impuestas en el primer proceso para restarlas de la pena que eventualmente imponga. Sin embargo, desde la lógica del *ne bis in idem* se podría pensar en una exigencia todavía mayor: que la eventual pena a aplicar no pudiera nunca superar el monto de la pena impuesta en la primera sentencia de condena⁷⁴³.

El Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de resolver un interesante caso vinculado con esta excepción, en el que se discutía la siguiente situación: En 1961, una persona que pertenecía a la Legión Extranjera francesa fue condenada en ausencia por un tribunal militar de ese país por el homicidio de otra y su posterior desertión. El sujeto se refugió en la entonces Alemania Oriental, sin que Francia efectuara ningún ulterior procedimiento. En principio, conforme la legislación francesa, una vez habido el sujeto, se requería de un procedimiento previo con la presencia del imputado para poder ejecutar la sentencia, que era una condena a muerte. El hecho quedó luego abarcado por una amnistía general decretada en 1968. En su momento la entonces Alemania Federal había intentado iniciar también una persecución penal solicitando sin éxito la extradición a Alemania Oriental. Recién en 2001, se descubrió que el sujeto vivía en Ratisbona, y la fiscalía de la zona presentó una acusación por homicidio. El tribunal interviniente

⁷⁴³ En definitiva, la idea es que, cuando resulte necesario someter a la persona a un segundo riesgo de resultar condenada se le garantice al menos que este segundo riesgo no será mayor que el que ya ha sufrido. De todos modos es cierto que esto podría percibirse como una laguna de impunidad para aquel Estado que considere el hecho como más grave. Una forma de compensar esto (previa al dictado de cualquier condena) sería establecer la consideración de cada Estado sobre la gravedad del hecho (relevancia político-criminal) como un criterio para resolver los conflictos de jurisdicción, dándole cierta prioridad a aquel Estado que estime más lesiva la conducta de que se trate. Esto por supuesto conduce a otros problemas, que no es posible resolver aquí, sobre la importancia de ese eventual criterio frente a otros. La Comisión de las Comunidades Europeas parece inclinarse por la absoluta irrelevancia de un criterio así (véase Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper*. . . , ya citado, pags. 40 y 41).

En el mismo orden de ideas, la solución propuesta también podría resultar problemática si se admitiera un *ne bis in idem* que opere entre condenas del derecho administrativo sancionador y condenas penales.

requirió entonces información a Francia (de acuerdo con el mecanismo previsto en el art. 57 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen), y se le respondió que la sentencia de éste último país había quedado firme a partir de 1981, y que ya no era ejecutable porque estaba prescrita. Así las cosas, se planteó la consulta ante el Tribunal de Justicia en punto a si la sentencia dictada originalmente en Francia podía realmente obstaculizar el nuevo procedimiento⁷⁴⁴.

Como puede advertirse la cuestión se relaciona con el alcance del concepto de “sentencia firme” en el art. 54 del Convenio, pero en particular con cómo se vincula ese requisito con la excepción bajo análisis. En efecto, tanto el Tribunal alemán que efectuó la consulta como algunos de los países que hicieron llegar su opinión al Tribunal de Justicia durante el procedimiento de consulta, manifestaron que la sentencia dictada en Francia nunca pudo ser considerada “ejecutable” por cuanto el propio procedimiento francés reclamaba un juicio en presencia una vez que el sujeto fuera habido⁷⁴⁵. De este modo, dado que el *ne bis in idem* del art. 54 del Convenio exige para su operatividad que la sentencia firme extranjera se haya ejecutado, se esté ejecutando, o ya no sea posible ejecutarla, todo ello presupone que la misma haya sido “ejecutable” alguna vez. Si no lo fue, cabría negarle eficacia obstaculizadora de segundo proceso.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia no aceptó este punto de vista. Partiendo de una interpretación literal del Convenio, consideró que las sentencias en rebeldía no habían sido expresamente excluidas del concepto de sentencia firme⁷⁴⁶, que el hecho de que no todos los Estados acepten este tipo de sentencias no implica que deba esperarse a una armonización jurídica al respecto pues debe primar la idea de confianza recíproca en los diversos sistemas jurídicos de los Estados

⁷⁴⁴ TJE, asunto C-297/07, caso *Bourquain*, sentencia de 11 de diciembre de 2008, véase en particular el relato de los hechos y la consulta planteada en párr. 18 a 26.

⁷⁴⁵ *Idem*, párrs. 26 y 39

⁷⁴⁶ *Idem*, párr. 34 y 35.

parte⁷⁴⁷, y que en definitiva por la finalidad del art. 54 del Convenio (que tiende posibilitar el ejercicio del derecho a la libre circulación por el espacio común), cabe considerar que no puede argumentarse únicamente sobre las peculiaridades procesales del Estado que dictó la primera sentencia, sino que hay que atenerse a su legislación⁷⁴⁸.

En definitiva, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

“47.(. . .) [El referido requisito de ejecución no exige que en virtud del Derecho del Estado de condena se pueda ejecutar directamente la sanción, sino únicamente que la sanción impuesta por una sentencia firme ‘no pueda ejecutarse ya’. Las palabras ‘no [...] ya’ se refieren al momento en que se inicia un nuevo proceso penal, en cuyo marco el órgano jurisdiccional competente del segundo Estado contratante debe comprobar si se reúnen los requisitos contemplados en el artículo 54 del CAAS.

48. Por consiguiente, el requisito de ejecución contemplado en dicho artículo se cumpliría cuando se constate que, en el momento en que se abre un segundo proceso penal contra la misma persona por los mismos hechos que dieron lugar a una condena en el primer Estado contratante, la sanción impuesta en el primer Estado no pueda ejecutarse ya según la legislación de dicho Estado⁷⁴⁹.”

La decisión del Tribunal parece razonable, si se toma en cuenta que la armonización total de los sistemas jurídicos no es factible (aunque ciertamente sería más claro el desarrollo del *ne bis in idem* y la determinación de sus alcances si al menos se intentara⁷⁵⁰), y que resul-

⁷⁴⁷ *Idem*, párr. 37.

⁷⁴⁸ *Idem*, párr. 41 y 42. Aunque esta argumentación se reitera luego con más fuerza en párr. 50.

⁷⁴⁹ *Idem*, párr. 47 y 48.

⁷⁵⁰ En este sentido véase por ejemplo lo dicho en capítulo II.B).2).c), en punto al carácter a la vez normativo y fáctico de la identidad de hecho como presupuesto del *ne bis in idem*.

taría realmente confuso que al establecer si una sentencia “ya no puede ser ejecutada” en el sentido del art. 54 del Convenio, el juez que pretende llevar adelante la segunda persecución no se conforme con lo que establezca el sistema jurídico del Estado en el que ella fue dictada, sino que introduzca él mismo sus propias consideraciones sobre la “ejecutabilidad” en abstracto.

Por otra parte, cabría plantear alguna duda en punto a si el proceso penal en ausencia constituye realmente un conjunto de sufrimientos y males de tal entidad que quepa considerar al segundo procedimiento penal intentado como una afectación intolerable del imputado, que es lo que fundamenta la vertiente procesal de la garantía. Sobre todo tomando en cuenta que hasta los Estados que aceptan juzgar penalmente en rebeldía establecen un segundo procedimiento cuando el sujeto es encontrado, a fin de garantizar su derecho de defensa. Así y todo, podría responderse que un procedimiento en ausencia implica una vinculación directa de una persona a un proceso penal, que trae consecuencias y riesgos no menores para ella.

b) Las excepciones del art. 55 inc. 1 en general

Las restantes excepciones a la aplicación de la garantía están contenidas, como quedara dicho, en en los diferentes párrafos del inc. 1 del art. 55 del Convenio. Dicho inciso comienza por establecer que las excepciones en él contenidas no se admiten automáticamente sino exclusivamente si los Estados interesados en que ellas operen lo declaran expresamente. Esto se complementa con el inciso 3 del art. 55, en el que se señala que tales declaraciones podrán ser retiradas en cualquier momento. El texto sugiere además que cada supuesto de excepción amerita una declaración específica. Con esto claramente se busca favorecer una más amplia vigencia de la garantía. En definitiva, la adhesión al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen importa la aceptación de un *ne bis in idem* amplio, con una única excepción general prevista en el art. 54. Los demás supuestos de excepción son, si se quiere, aún “más excepcionales” pues reclaman para tornarse

operativos una derogación parcial del Convenio mediante una declaración expresa en tal sentido que además es fácilmente revocable.

A partir de lo dicho surge la siguiente pregunta: ¿Serían admisibles otro tipo de reservas de los Estados que se sumen a la Unión a la disposición sobre *ne bis in idem* del art. 54 del Convenio más allá de las excepciones mencionadas en el art. 55 inc. 1? Por un lado es cierto que el inc. 1 del art. 55 no utiliza un lenguaje taxativo⁷⁵¹. Sin embargo el art. 137 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que aparece entre sus disposiciones finales, señala expresamente que éste tratado no puede ser objeto de ninguna reserva (salvo lo dispuesto en el art. 60 que tiene que ver con un problema específico de articulación del Convenio con otros instrumentos europeos sobre extradición). La referencia tan terminante del mencionado art. 137 parecería “olvidarse” también del art. 55. Pero ello sería contradictorio, pues las excepciones al *ne bis in idem* contenidas en esta última disposición son con toda evidencia reservas autorizadas mediante las cuales un Estado puede expresar su voluntad de que no le resulte aplicable una disposición del Convenio (el art. 54) en determinadas circunstancias.

c) **La excepción de territorialidad**

Entrando ya en el concreto análisis de cada una de las excepciones consagradas en el art. 55 inc. 1 del Convenio, cabe referirse a la primera de ellas, vinculada con la territorialidad. Básicamente, la excepción opera cuando el hecho se hubiera cometido total o parcialmente en el Estado que pretende llevar a cabo el segundo proceso siempre y cuando no se hubiera desarrollado también en el Estado del primer proceso ya concluido. Las exigencias para que opere la excep-

⁷⁵¹ El texto del inciso comentado reza: “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 siguientes supuestos”. No dice que la declaración pueda hacerse “solamente” o “únicamente” en uno de los supuestos luego enumerados.

ción son, como puede apreciarse, dos. El Estado del primer proceso debe carecer de todo vínculo territorial con el hecho y el Estado del segundo proceso debe necesariamente tener alguno. En consecuencia, no cabe la excepción si ambos tienen vínculo territorial, si ninguno lo tiene, o si sólo el primer Estado lo tuvo. Mediante esta excepción a la garantía se enfatiza la primacía del criterio de territorialidad para la determinación de la jurisdicción y de la ley aplicable en los casos penales.

Sin embargo, cabe preguntarse si el asegurar la primacía del principio de territorialidad en forma de excepción a la prohibición de *bis in idem* no conlleva un costo demasiado elevado para las personas imputadas. Parecería que las sentencias dictadas en Estados que afirmaron su jurisdicción sobre la base de criterios distintos al de territorialidad, no son oponibles al Estado o a los Estados en cuyo territorio tuvieron lugar los hechos. Esto entraña mirar la cuestión puramente desde la perspectiva de la soberanía territorial en el ejercicio de la potestad penal, y de la consecuente negativa a reconocer las decisiones judiciales extranjeras que no tomen en consideración esa manifestación de la propia soberanía⁷⁵². En un modelo así no se tiene suficientemente en cuenta el riesgo al que los imputados puedan haber estado sometidos en el primer proceso. Se trata en definitiva de otra manifestación del *ne bis in idem* internacional como mero problema de las relaciones entre Estados, y no en clave de garantía individual.

Sin dudas en un contexto de crecientes colaboración e integración entre Estados como el que se viene dando en la Unión Europea, parecería más adecuado que la cuestión de la territorialidad fuese considerada en un estadio previo, al momento de determinar qué Estado resultará competente para juzgar el hecho de que se trate, y no como

⁷⁵² La vinculación entre la excepción de territorialidad y la noción de soberanía ha sido resaltada por CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pág. 320, quien agrega que dicha excepción obedece además a la pretensión de los Estados de tener autoridad para perseguir y castigar delitos cometidos en su territorio porque ellos perturban el orden social e infringen valores mantenidos en las comunidades locales.

excepción a la garantía en estudio⁷⁵³. Esta parece ser la tendencia dominante en las propuestas de reforma al *ne bis in idem* versión Schengen⁷⁵⁴. No obstante, algunos Estados europeos no parecen dispuestos a ceder en este punto⁷⁵⁵.

⁷⁵³ Según la Comisión de las Comunidades Europeas: “Es posible argumentar válidamente que un Estado miembro en cuyo territorio se cometió un acto criminal estará a menudo en mejor posición para perseguirlo que otro en el que ningún tramo del delito hubiera ocurrido. Será entonces difícil para aquel Estado aceptar que debe abstenerse de perseguir como consecuencia de una decisión tomada en un Estado en el que ninguno de los actos constitutivos del delito en cuestión tuvo lugar, si tal decisión hubiese sido tomada sin que el Estado miembro en cuyo territorio ocurriera el delito fuera consultado. En vez de ‘reparar’ esta deficiencia *ex post* mediante la derogación del *ne bis in idem*, sería más razonable atacarla desde sus raíces, es decir asegurar que tenga lugar la consulta antes de que se llegue a una decisión definitiva.” Com. CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, Bruselas, 23 de diciembre de 2005, SEC (2005) 1767, pág. 59.

⁷⁵⁴ Así en la propuesta griega de Decisión Marco sobre el *ne bis in idem* se eliminaba esta excepción a la garantía (Artículo 4 (1) sobre Excepciones) y al mismo tiempo se destacaba la territorialidad como primer criterio para decidir la jurisdicción en los casos en que varios Estados de la Unión pretendan perseguir los mismos hechos (Artículo 3, (a) sobre litispendencia). Véase en efecto Consejo UE, Actos legislativos y otros instrumentos, documento n° 7246/03, *Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio "ne bis in idem"*.

También en la propuesta de Friburgo, en la que precisamente se eliminan las disposiciones específicas sobre excepciones al *ne bis in idem*, la cuestión de la territorialidad aparece únicamente como un criterio para la determinación de la jurisdicción en los casos de jurisdicciones concurrentes. Véase BIEHLER *et. al.*, ob. cit., comentario a la Sección 1, § 1 (3) (a) de la propuesta, pág. 14.

⁷⁵⁵ La falta de consenso para la aprobación de la propuesta griega sería demostrativa de ello. Pero más concretamente esta posición se ejemplifica bien en las respuestas del Reino Unido y de Austria a la pregunta 21 del ya mencionado Libro Verde. Dichos Estados han expresado con claridad la importancia de mantener en general las excepciones al *ne bis in idem* contenidas en el art. 55 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Véanse respectivamente *Consultation response to the Commission's Green Paper on conflicts of jurisdiction and the principle of ne bis in idem*, en página web http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/contributions/united_kingdom_en.pdf, consultada por última vez el 29 de junio de 2007, p. 14 y *Comments by the Federal Ministry of*



d) La segunda persecución permitida por la afectación de “intereses esenciales” del Estado que la lleva a cabo

La segunda excepción establecida en el art. 55, inc. 1, está consagrada en el apartado b). Allí se señala que la prohibición de *bis in idem* podría no operar si el hecho por el cual un Estado pretende llevar adelante una segunda persecución penal contra una persona afecta la seguridad u otros “intereses esenciales” de ese Estado parte. Esta excepción se complementa con un la disposición del inc. 2 del mismo art. 55, en el que se señala que los Estados que hicieran una declaración tendiente a no aplicar la garantía en estos casos, deberán precisar las categorías de delitos a los que resulta aplicable esa declaración. Con esta última exigencia se limita hasta cierto punto la vaguedad de la referencia a “intereses esenciales”⁷⁵⁶. De otro modo existiría, al menos en abstracto, el riesgo de que los Estados partes redefiniéran en cada caso lo que entienden por tales intereses, y con ello acabarían por aplicar a su antojo la garantía quitándole toda operatividad⁷⁵⁷. Igualmente la generalidad de la formulación sigue siendo problemática. Ello sumado a que son los propios Estados los que especifican cuáles son los delitos que consideran lesivos a sus intereses esenciales, podría llevar a una aplicación desigual de la garantía y en

Justice of the Republic of Austria on the Green Paper on conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings, Documentos de la Comisión de las Comunidades Europeas, JLS/761/06-EN, págs. 32 y 33.

⁷⁵⁶ La Comisión de las Comunidades Europeas crítica también esa vaguedad. Véase Com. CE, *Commission Staff Working Document* . . . ya citado, pág. 59.

⁷⁵⁷ En la propuesta de Friburgo, si bien esta excepción se elimina como tal y se la traslada al ámbito de los criterios para la determinación de jurisdicción, es curioso constatar que se plantea al mismo tiempo la necesidad de precisar el concepto, y de entenderlo en un sentido amplio. En efecto allí se afirma: “El criterio de ‘intereses fundamentales’ (§ 1 (3) (g)) de un Estado miembro necesita ser definido más precisamente. Los intereses fundamentales de un Estado miembro incluyen su independencia, la integridad de su territorio, su seguridad interna y externa, su organización democrática, sus medios de defensa y su servicio diplomático, así como la salvaguarda del ambiente y los recursos naturales. El concepto de ‘intereses fundamentales’ debe ser entendido en un sentido amplio.” Véase BIEHLER *et. al.*, ob. cit., comentario a la Sección 1, § 1 (3) (g) de la propuesta, págs. 14-15.

algún caso a una limitación excesiva de ella. Además, en la medida en que la excepción opera sobre la base de “categorías de delitos” en función de los “intereses esenciales” que afectan, podría decirse que ella importa una relativización de la idea de que la garantía requiere identidad de “hechos”. Precisamente se trata de una excepción al *ne bis in idem* construida sobre una diferente consideración normativa de una misma base fáctica. Esto podría explicarse mejor aduciendo que falta la identidad de fundamentos. Sin embargo, cabe pensar también que quizás con ello se pone de manifiesto que la exigencia de identidad de hechos no puede desentenderse totalmente de una cierta valoración jurídica, sobre todo en la formulación de un *ne bis in idem* internacional⁷⁵⁸.

En este contexto se explica que, a diferencia de lo que ocurre con la cuestión de la territorialidad, no todas las propuestas de reforma a la regulación del *ne bis in idem* de Schengen hayan planteado la eliminación de esta excepción⁷⁵⁹. Más aún, algunos países de la Unión

⁷⁵⁸ Fuera del ámbito de la Unión Europea, la consideración de la gravedad del hecho aparece en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia. Ellos contienen en sus respectivos art. 9 inc. 2 y art. 10 inc. 2 una disposición idéntica que establece el *ne bis in idem* prohibiendo la actuación del Tribunal Internacional luego de una jurisdicción nacional, pero a la vez mencionan como primera excepción la siguiente: “a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común”. Vale decir que la diferente consideración de la gravedad del hecho (delito común vs. delito internacional) operaría como una excepción al *ne bis in idem*.

⁷⁵⁹ Por ejemplo en la propuesta griega de Decisión Marco sobre el *ne bis in idem* esta excepción se mantiene en el Artículo 4 (1), con los siguientes términos: “Todo Estado miembro podrá efectuar una declaración por la que informe a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión de que no estará vinculado por lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2 en caso de que los actos a que se refiera la resolución judicial extranjera constituyan delitos contra la seguridad o contra otros intereses esenciales de dicho Estado miembro (. . .)”. Véase en efecto Consejo UE, Actos legislativos y otros instrumentos, documento n° 7246/03, *Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio "ne bis in idem"*.

En cambio, como quedara dicho, en la propuesta de Friburgo los “intereses esenciales” se trasladan al ámbito de los criterios para la determinación de la jurisdic-

que no se manifiestan totalmente opuestos a la desaparición de la excepción de territorialidad han expresado enfáticamente que nunca podrían renunciar a la persecución penal de hechos que afecten sus intereses esenciales⁷⁶⁰.

La situación de la excepción ahora analizada pone de manifiesto las dificultades para la aceptación de un *ne bis in idem* internacional amplio. Aún en una integración relativamente avanzada como la de la Unión Europea, no ha resultado posible prescindir totalmente de una cierta consideración a la soberanía nacional en el ejercicio de la potestad penal, con el riesgo que ello implica para la efectiva vigencia de una garantía individual fundamental⁷⁶¹. Por otro lado, resulta igualmente cierto que no demasiados países han hecho uso de esta posibilidad de reserva⁷⁶², y que el ámbito de aplicación de esta excepción es

ción en los casos de jurisdicciones concurrentes. Véase BIEHLER *et. al.*, ob. cit., comentario a la Sección 1, § 1 (3) (g) de la propuesta, pp. 14-15.

⁷⁶⁰ Tal es el caso de Francia. Los representantes de dicho Estado han expresado, respecto de la excepción de territorialidad, que “(l)a apreciación sobre la necesidad de mantener o no tal excepción está (. . .) estrechamente ligada al emplazamiento de un mecanismo coherente y eficaz de resolución de conflictos de competencia en el seno de la Unión . . .”. En cambio respecto de los intereses esenciales han sostenido que la persecución de ciertas infracciones se inscribe en el marco de las “condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional y está sujeta por tanto a una exigencia de jerarquía constitucional”. *Réponse des autorités françaises au Livre vert sur les conflits de compétences et de principe ne bis in idem dans le cadre des procédures pénales*, mayo de 2006, en página web http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/contributions/france_fr.pdf, consultada por última vez el 29 de junio de 2007, pág. 8. Véase asimismo *Conseil d’Etat, Section de l’intérieur*, no. 370.136, 29 de abril de 2004.

⁷⁶¹ En igual sentido, Com. CE, *Commission Staff Working Document . . .* ya citado, pág. 59.

⁷⁶² *Ibid.* La Comisión menciona que solo siete países han hecho uso de la posibilidad de reserva. Es cierto que para ella esa relativamente baja cantidad pone de manifiesto que se trataría de excepciones no indispensables.

relativamente restringido, con lo cual su permanencia podría no implicar en la práctica una limitación grave de la garantía⁷⁶³.

e) La excepción referida a la persecución y sanción de funcionarios públicos

Finalmente el art. 55, inc. 1, apartado c) contiene una excepción relativa a los funcionarios públicos que cometen delitos incumpliendo las obligaciones a su cargo. En tal caso, el Estado en el cual el imputado ejerza su función puede perseguir penalmente, independientemente de que exista una sentencia firme de otro país de la Unión contra la misma persona y por los mismos hechos. Parece bastante claro que esta excepción a la aplicación del *ne bis in idem* está en buena medida dentro de la misma lógica que la anterior. Cada Estado tiene, frente a los demás, un interés prioritario en resguardar el adecuado funcionamiento de sus órganos. En este sentido se podría argumentar que esta excepción es superflua, y es posible que en la mayoría de los casos que puedan presentarse eso sea así.

Hay de todos modos entre ambas excepciones una diferencia de enfoque. La anterior esta construída exclusivamente sobre la base de ciertas categorías normativas de conductas, es decir que se trata de los delitos cometidos por cualquier persona en tanto afecten los mencionados intereses esenciales. En cambio en la excepción ahora analizada la exigencia es doble: Debe tratarse de un delito cometido por un funcionario público y debe darse además por parte de éste el incumplimiento de las obligaciones funcionales.

⁷⁶³ Así, se ha llegado a expresar: “Dado lo inusual de los casos en que estas derogaciones se aplican y la importancia que les atribuyen los Estados miembros en cada discusión sobre la renuncia a ellas – tanto simbólica como legalmente –, parecería que su abolición no debe buscarse a cualquier costo. Es preferible que estas derogaciones se mantengan y que se apruebe una decisión marco sobre conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem*, que no una ruptura en las negociaciones.” LELIEUR FISCHER, Juliette. *Comments on the Green Paper*. . . , ya citado, pág. 31.

Sin embargo, hay algunas cuestiones que podrían resultar dudosas en la aplicación de la excepción ahora comentada. Lo primero es si el Estado se encuentra habilitado a perseguir únicamente al funcionario, o si podrá perseguir nuevamente también a otros partícipes del hecho de éste. Lo segundo, y en estrecha conexión con lo anterior, es si se requiere que el incumplimiento de la función sea precisamente el delito considerado, o si acaso basta con que el incumplimiento constituya un tramo de una conducta delictiva más amplia. Según se acojan o no estas distinciones podrían establecerse más o menos límites adicionales a la potestad punitiva del Estado que pretende perseguir en segundo lugar⁷⁶⁴.

En efecto, una primera hipótesis podría ser que la norma autorice únicamente a perseguir al funcionario y requiera además que el incumplimiento constituya en si mismo un delito castigable. A partir de allí se podría llegar a plantear que la excepción permite únicamente al segundo Estado castigar al funcionario por su incumplimiento, y solo por eso (en tanto tal incumplimiento esté penalmente tipificado de manera autónoma en su legislación). Esta sería la hipótesis más restrictiva⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ El problema puede ejemplificarse con el siguiente caso: A y B son dos países limítrofes de la Unión Europea. El país A, ha planteado la reserva del art. 55 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, con lo cual las excepciones al *ne bis in idem* allí establecidas son para él plenamente operativas. Un funcionario del país A está sospechado de haber formado parte de una operación para introducir ilegalmente estupefacientes en B. En principio se sospecha que, precisamente por ser parte de un órgano estatal encargado del control de esas sustancias, su colaboración consistió en la omisión deliberada de sus funciones. Si se lo sometiera a proceso penal en B y resultara absuelto, podría en principio ser perseguido en A por aplicación de la excepción bajo examen. En tal caso: ¿Podría ser perseguido por la participación en la operación para introducir la droga o solamente por los incumplimientos funcionales? ¿El mero hecho de la intervención del funcionario habilitaría al Estado que pretende perseguir en segundo término que accione también contra otros intervinientes que no son funcionarios?

⁷⁶⁵ En el ejemplo de la nota anterior, sólo se podría accionar contra el funcionario por su incumplimiento. Ya no se podría avanzar sobre el significado de su incumplimiento en relación con la operación de los estupefacientes.

La segunda hipótesis sería que se permite perseguir solo al funcionario, pero respecto de toda la conducta, tanto lo atinente al incumplimiento como a toda otra actividad que tuviera significación delictiva en la que dicho incumplimiento se inserte. En tal caso el riesgo para el funcionario sería considerablemente mayor⁷⁶⁶.

La tercera hipótesis sería que se permite perseguir al funcionario y a los partícipes pero solo en relación con el incumplimiento de la función. En tal caso el Estado que pretendiese perseguir en segundo término no podría accionar contra otras personas que, sin tomar parte de ningún modo en el incumplimiento del funcionario, hubiesen intervenido de otra forma en los hechos más graves en los que tal incumplimiento se insertaba⁷⁶⁷.

La última hipótesis sería que se permite al segundo Estado perseguir tanto al funcionario que incumple, ya sea por ese incumplimiento como por toda actividad criminal en la que dicho incumplimiento se inserte, como así también a los demás autores y partícipes de esa actividad criminal considerada en su conjunto, independientemente de que estos últimos no hubiesen tenido ninguna intervención relevante en el específico incumplimiento del funcionario. Esta sería, claramente la variante menos restrictiva. Equivaldría a afirmar que siempre que en un hecho delictivo intervenga un funcionario público incumpliendo sus funciones, el Estado en cual dicho funcionario ejer-

⁷⁶⁶ En el mismo ejemplo, podría perseguirse al funcionario tanto por el incumplimiento como por la significación que tal incumplimiento tuviere en relación con la operación de estupefacientes, pero no se podría perseguir a los demás autores y partícipes, ya sea en referencia al incumplimiento como a la operación de drogas.

⁷⁶⁷ Siguiendo con el desarrollo del ejemplo, el incumplimiento del funcionario se tomaría como elemento central a partir del cual se establecerían las relaciones de autoría y participación. En esta hipótesis sería posible que uno de los coautores en la operación de drogas, sea considerado solo como partícipe o instigador del incumplimiento del funcionario. Asimismo, otros intervinientes del delito vinculado con los estupefacientes podrían no tener relación suficiente con el incumplimiento del funcionario en cuanto tal y por lo tanto quedar fuera de este segundo proceso.

ce su cargo podría valerse de la excepción del art. 55 inc. 1) apartado c) para perseguir ampliamente el hecho delictivo en su totalidad⁷⁶⁸.

A favor de la hipótesis menos restrictiva de aplicación de esta excepción, puede citarse el hecho de que el art. 55 del Convenio comienza por señalar de manera general que en los supuestos allí contemplados los Estados pueden declarar que no se aplica el art. 54. No hay distinciones entre los alcances de una y otra excepción respecto de la aplicabilidad del art. 54 del Convenio. Parecería que en cualquiera de ellas cabe inaplicar el *ne bis in idem* sin más.

A favor de la hipótesis más limitadora de las posibilidades de aplicación concreta de esta excepción pueden plantearse varios argumentos. Por lo pronto, están los de índole más general vinculados con la obligación de apreciar restrictivamente las excepciones a las garantías de los imputados. Pero estos no operan autónomamente, sino que obligan a apreciar en concreto las posibilidades del texto legal. En este sentido, cabe considerar que, tal como está construída la excepción, se requiere que el funcionario sea el que “cometió” los hechos tomados en consideración en la primera sentencia extranjera. En todos los idiomas del Convenio se utiliza un giro indicativo más bien de autoría. No se habla del funcionario que hubiese intervenido o participado en los hechos sino de “*commis par un fonctionnaire*”, “*were committed by officials*”, “*sono stati commessi da un pubblico ufficiale*”, o “*von einem Bediensteten (. . .) begangen wurde*”, etc. En este contexto, ampliar la aplicabilidad de la excepción a terceros no funcionarios o partir del incumplimiento de la función para dirigir luego la persecución penal en otra dirección implicaría hasta cierto punto desnaturalizar su especificidad. Las referencias al funcionario y a la violación de sus

⁷⁶⁸ Para concluir con el ejemplo, la situación sería que el mero hecho de la intervención del funcionario del segundo Estado incumpliendo sus funciones en la operación de drogas, habilitaría a éste último a perseguir por segunda vez a todos los autores y partícipes de dicha operación, con total independencia de su mayor o menor vinculación con la conducta concreta constitutiva del incumplimiento de la función.

obligaciones funcionales parecen expresar en un sentido acotado el auténtico alcance de esta excepción.

De todos modos, no existen hasta el presente decisiones del Tribunal de Justicia que permitan precisar más los alcances de la excepción ahora analizada. Por su parte la Comisión de las Comunidades Europeas ha expresado sin más que ella debería desaparecer de futuros convenios, por cuanto ningún Estado de la Unión ha realizado una reserva de ese tenor hasta el presente⁷⁶⁹. Sin embargo en la propuesta griega de Decisión Marco la excepción se mantenía⁷⁷⁰. Es cierto por otra parte que el interés del Estado en sancionar al propio funcionario se ve en buena medida cubierto por la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias, en la medida que se continúe interpretando que el Convenio no veda la realización sucesiva de procesos penales y procesos disciplinarios. Sea como fuere, la interpretación reductiva de esta excepción aquí sugerida podría plantearse como una alternativa explícita de reforma a ella en la medida en que los Estados de la Unión no estén dispuestos a renunciar a su vigencia.

2) ¿*NE BIS IN IDEM* INTERNACIONAL O “INTRA COMUNITARIO”?

Se ha dicho varias veces en este capítulo que lo que el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen regula, al disponer sobre *ne bis in idem*, es precisamente la posibilidad de que una misma per-

⁷⁶⁹ Véase Com. CE, *Commission Staff Working Document* . . . ya citado, pág. 60. También desaparece en la propuesta de Friburgo, por considerarse allí que se trataba de una vía de escape demasiado fácil a la efectiva vigencia del *ne bis in idem*. Ver en efecto BIEHLER *et. al.*, ob. cit., p. 32

⁷⁷⁰ Véase en efecto Consejo UE, Actos legislativos y otros instrumentos, documento n° 7246/03, *Iniciativa de la República Helénica* . . . art. 4. Es interesante constatar de todos modos que en esta propuesta la excepción sobre los intereses esenciales y la del funcionario público se tratan de manera más abreviada y conjunta, y que la referencia posterior a que en caso de realizar esta reserva el Estado deberá expresar un catálogo de delitos a los cuales la reserva resulta aplicable se refiere por igual a ambas excepciones, a diferencia del Convenio hoy vigente que circunscribe ese catálogo únicamente al supuesto de los intereses esenciales.

sona no sea perseguida o sancionada penalmente varias veces en distintos Estados de la Unión. La cuestión de la persecución o sanción múltiple dentro de un mismo Estado queda cubierta por el derecho interno y por las regulaciones del sistema de protección de Derechos Humanos del Consejo de Europa para aquellos Estados que sean parte del Protocolo n° 7. Resulta evidente de la sola lectura de la normativa de Schengen que se viene analizando, que sus disposiciones están orientadas a regir únicamente entre los Estados que lo han suscripto. Eso actualmente significa, dada la incorporación a la Unión del acervo de Schengen, que toda su normativa sobre el *ne bis in idem* rige exclusivamente entre los Estados miembros de la Unión Europea. Se trata entonces de una internacionalización relativa de la garantía, estructurada sobre la idea básica de que la prohibición de perseguir o sancionar penalmente a alguien que lo ha sido ya en otro Estado por los mismos hechos no es una exigencia básica del Derecho Internacional.

Al tratarse aquí el concepto de “materia penal” se puso de manifiesto que, a los fines de la aplicación de la garantía, el Tribunal de Justicia Europeo tiene una posición bastante fuerte en el sentido de que ninguna de las manifestaciones del *ne bis in idem* constituye una exigencia del Derecho Internacional⁷⁷¹. De todos modos esto no significa que los Estados miembros de la Unión no puedan tener disposiciones más amplias sobre la aplicación de la garantía, ya sea prohibiéndose a sí mismos una segunda persecución cuando la persona hubiese sido perseguida previamente en un tercer Estado extracomunitario, o bien reconociendo en estos casos sólo el principio de cómputo. En este sentido hay que destacar especialmente el art. 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que con mucha claridad señala que las disposiciones allí contenidas “no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero”. En principio no hay ningún motivo para limitar la interpretación

⁷⁷¹ TJE, asunto C-289/04, caso *Showa Denko KK*, sentencia de 29 de junio de 2006 párr. 58.

de esta referencia a “resoluciones dictadas en el extranjero” al espacio interno de la Unión.

Lo antedicho se complementa con lo dispuesto en el art. 4(5) de la Decisión Marco sobre la Euroorden. En efecto, se admite allí la denegación facultativa de la medida solicitada por un Estado europeo a otro cuando la autoridad judicial de la parte requerida advierta que la misma persona y por los mismos hechos ya hubiese sido definitivamente juzgada en un tercer Estado que no es parte de la Unión⁷⁷².

La posibilidad de ampliar en la normativa comunitaria el reconocimiento de un *ne bis in idem* internacional extra europeo fue abordada por la Comisión de la Comunidades Europeas. Concretamente, en el ya mencionado Libro Verde se plantea la siguiente pregunta: ¿Es necesario un enfoque más coherente sobre el principio *non bis in idem* en relación con los terceros países? ¿Debe diferenciarse entre miembros del Consejo de Europa y los demás países?⁷⁷³

La propia Comisión planteó, al explicar esta pregunta, que el hecho de que algunos países dentro de la Unión acepten un *ne bis in idem* internacional extracomunitario y otros no, resultaba hasta cierto punto incoherente en un espacio de seguridad y justicia que se pretendía único. Por eso afirmó la importancia de abordar la cuestión desde la normativa europea y sugirió que, de todos modos, la extensión de la garantía en esa dirección debería ser menor a la existente dentro del

⁷⁷² Véase 2002/584/JAI: 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. Diario Oficial n° L 190 de 18/07/2002 págs. 0001 a 0020. El texto del art. 4(5) reza: “La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea:

5) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena(.)”

⁷⁷³ Véase Comisión Europea, Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales, COM (2005) 696 final, pregunta n° 23.

ámbito comunitario donde precisamente se da ese espacio único de seguridad y justicia. En concreto planteó la Comisión la posibilidad de un *ne bis in idem* internacional extraeuropeo en el que se mantengan las excepciones del sistema Schengen (recuérdese que la Comisión pretendía eliminar tales limitaciones dentro de la Unión) y las que surgen del Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente. A criterio de la Comisión además, un enfoque balanceado del tema debería llevar a negociaciones internacionales en las que se tomase en cuenta el reconocimiento de las sentencias extranjeras dentro de la Unión, el reconocimiento de las sentencias de los países de la Unión en el extranjero y las condiciones de reciprocidad. Lo único que la Comisión parecía dispuesta a aceptar sin cortapisas (es decir independientemente de la existencia de tratados con otros países o aún a falta de reciprocidad) es el principio de cómputo⁷⁷⁴.

En resumen, no existe en el derecho de la Unión Europea una consagración de un *ne bis in idem* internacional propiamente dicho sino múltiples manifestaciones de un *ne bis in idem* intracomunitario, cuya expresión máxima está actualmente en la Carta de Derechos Fundamentales cuya disposición en este sentido se examinará a continuación. De todos modos los Estados miembros tienen amplia libertad para expandir los alcances de la garantía en esa dirección. La Comisión de las Comunidades Europeas no ha visto con buenos ojos esa diversidad y planteó un tratamiento único de la cuestión sujeto siempre a negociación con terceros Estados y con limitaciones.

⁷⁷⁴ Lo dicho en este párrafo es un resumen de lo expresado en Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, Bruselas, 23 de diciembre de 2005, SEC (2005) 1767, pág. 62.

**C) ULTERIOR EVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA
EN LA UNIÓN EUROPEA**

- 1) LAS DISPOSICIONES SOBRE *NE BIS IN IDEM* DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA

El 7 de diciembre de 2000 los Presidentes del Parlamento, del Consejo y de la Comisión europeos reunidos en la ciudad de Niza, firmaron y declararon una Carta de Derechos Fundamentales que se venía preparando desde junio de 1999. La aspiración era presentar en único instrumento una síntesis de los valores compartidos por los diversos Estados miembros de la Unión. No obstante la adhesión expresada por las tres instituciones comunitarias mencionadas, los diversos jefes de Estado y jefes de gobierno reunidos entonces en la misma ciudad prefirieron no incluir ninguna referencia a la Carta en el Tratado que se firmó en aquella oportunidad, orientado más bien a definir cuestiones vinculadas con la ampliación de la Unión. La Carta obtuvo entonces solo el reconocimiento de su valor político, pero quedó privada de valor jurídico vinculante.

Sobre el final de 2001, el Consejo Europeo reunido en Laeken decidió convocar una Convención sobre el futuro de Europa. Emitió entonces una declaración en la que, entre otras cosas, estableció que dicha Convención tendría entre sus tareas la de trabajar por la incorporación de la Carta al derecho europeo. De este modo, en julio de 2003, la mencionada Convención presentó un proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para la Unión. En dicho proyecto se incluyó íntegramente la Carta como parte II. Así las cosas, la suerte de la Carta quedó hasta cierto punto atada al proyecto de Constitución.

El proyecto en cuestión sirvió como base para las negociaciones de una Conferencia Intergubernamental convocada en octubre de 2003. El 18 de junio de 2004 se alcanzó un acuerdo político como consecuencia del trabajo de dicha Conferencia, y el proyecto de Constitución se transmitió a los jefes de Estado. Todos ellos lo firmaron el

29 de octubre de 2004. A partir de entonces la Constitución pasó a una turbulenta fase de ratificación, mediante el voto de los ciudadanos de los diferentes Estados miembros, en la que algunas naciones de mucho peso en el contexto de la Unión decidieron darle la espalda. Ello implicó una paralización importante del proceso de constitucionalización de la Unión, que quedó envuelto en la incertidumbre. En concreto se inició un período de reflexión para determinar la mejor manera de reformar la Unión⁷⁷⁵.

Después de dos años de reflexión, el 23 de junio de 2007 los dirigentes de la Unión acordaron otorgar un mandato detallado para una nueva Conferencia Intergubernamental. Su cometido era elaborar un nuevo Tratado para la Reforma antes de finales de 2007.

De este modo, el 19 de octubre de 2007, el Consejo Europeo informal de Lisboa adoptó un texto definitivo de Tratado elaborado por la Conferencia. Los Jefes de Estado y de Gobierno de los 27 Estados miembros de la Unión firmaron así el Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Se pasó entonces a una nueva etapa de ratificaciones, pero esta vez simplificada pues se lo presentó como un simple tratado de reforma. En la mayoría de los Estados miembros bastaba entonces la intervención de los parlamentos⁷⁷⁶. Así y todo, en Irlanda se utilizó la vía del referendun y se rechazó la ratificación. Ello generó en un primer momento la sensación de que este tratado también fracasaría, pues para su vigencia se requería la unánime ratificación de todos los Estados miembros de la Unión. Sin embargo, el proceso de ratificación no se detuvo como en el caso del proyecto de Constitución, sino que inclusive varios líderes europeos fomentaron activa y públicamente su continuación a pesar del revés inicial.

⁷⁷⁵ Para una descripción de la evolución de la Carta y la Constitución puede consultarse el sitio de oficial de la Unión Europea en internet: http://europa.eu/roadtoconstitution/index_es.htm. (revisado el 12 de julio de 2007).

⁷⁷⁶ La existencia de varias similitudes entre el tratado de Lisboa y el texto del proyecto de Constitución, resaltadas inclusive públicamente por varios jefes de Estado y de gobierno de países europeos, generó algunas dudas sobre la legitimidad del procedimiento intentado para lograr su aprobación. Ello por supuesto excede las posibilidades de tratamiento en este trabajo.

De este modo el tratado de Lisboa llegó a entrar en vigencia el 1° de diciembre de 2009. Es muy importante destacar aquí que el art. 1, inc. 8 de este instrumento dispuso modificar el anterior art. 6 del Tratado de la Unión Europea otorgándole expresamente la fuerza vinculante de un tratado a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyos efectos jurídicos son hoy innegables⁷⁷⁷.

A los fines que interesan entonces en este trabajo, hay que poner de resalto que el art. 50 de la Carta, introducido en su momento como art. II-110 en el proyecto fallido de Constitución, consagra explícitamente el *ne bis in idem* en el ámbito de la Unión. Dicho artículo se inserta en el Título VI que tiene la rúbrica “Justicia”. El contenido de este título incluye varias garantías con las siguientes rúbricas: el “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”, la “Presunción de inocencia y derechos de la defensa”, los “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas” y, cerrando el título el llamado “Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción”. La técnica elegida por el autor de la Carta ha sido, como puede apreciarse, la de presentar juntas las garantías penales procesales y sustantivas, pero separándolas de otras cuestiones comunes en los procedimientos penales como las exigencias para realizar injerencias válidas sobre derechos clásicos como la libertad y la vida privada. En este sentido parecería que se opta por entroncar el *ne bis in idem* con las garantías del proceso equitativo. El texto concreto de la disposición mencionada reza:

“Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.”

⁷⁷⁷ Concretamente, el art.6 del Tratado de la Unión Europea reformado según el Tratado de Lisboa dispone: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.”

La fórmula propuesta consagra la garantía en amplios términos para el interior de la Unión. Parece pues que, una vez aprobada esta norma, la Unión Europea ha pasado a ser realmente un único espacio de justicia con un *ne bis in idem* interno, prácticamente sin restos de “internacionalidad”. Se destacan la referencia a que nadie puede ser “juzgado o condenado” como expresión tanto de la vertiente sustantiva como de la procedimental de la garantía. Se percibe asimismo que el texto habla de “infracción” (“*offence*” en la versión en inglés) y no de “hechos”. En este punto la Carta se asemeja más a la Convención Europea de Derechos Humanos que a la normativa de Schengen antes analizada. Además, el uso por un lado del término “infracción” y por otro del giro “sentencia penal”, abre el campo a la discusión sobre si la garantía ampara solo los procedimientos penales o también los administrativos sancionadores. Otro tanto puede decirse del carácter “final” de la resolución del primer proceso como exigencia que plantea en este, al igual que en otros instrumentos, importantes problemas interpretativos para determinar hasta dónde debe haber avanzado la primera persecución para que quede vedada la segunda. También se advierte que la versión en inglés habla de que nadie será “expuesto” a ser juzgado o castigado (*no one shall be liable. . .*), con las posibilidades que ello ofrece para interpretar que la garantía resulta operativa aún antes del inicio del segundo proceso prohibiendo todo acto que genere la posibilidad de un segundo proceso conforme lo visto ya respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos⁷⁷⁸.

Quizás la pauta interpretativa más importante que permita resolver las cuestiones antes apuntadas en una dirección determinada es la que surge del art. 52 de la Carta (que se corresponde con el art. II-112 del proyecto de Constitución.). Dicho artículo, que lleva la rúbrica “Alcance e interpretación de los derechos y principios”, dispone en su inciso 2:

“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo

⁷⁷⁸ Ver capítulo V, punto A.7.



para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.”

Esta cláusula sugiere que es necesario resolver la mayoría de los problemas antes señalados en línea con las cuestiones análogas que ya se han planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁷⁹. Por otra parte, la salvedad final (la posibilidad de otorgar una protección más amplia en el ámbito de la Unión que la que se otorga en el sistema de Derechos Humanos del Consejo de Europa) merece una consideración especial. En efecto, es importante tener en cuenta que el proyecto consagra el *ne bis in idem* sin ningún tipo de limitación o excepción. En cambio tanto la normativa de Schengen como la del Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos expresan varias excepciones a la aplicación de la garantía. No cabría entonces reducir el alcance del *ne bis in idem* de la Carta por asimilarlo íntegramente al de la Convención Europea de Derechos Humanos, y menos aún a las normas de Schengen que evidentemente serán reemplazadas por la Constitución Europea si es que ésta llega alguna vez a tener vigencia.

La última aclaración del párrafo previo podría parecer una obviedad. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, en sus comentarios explicativos de la disposición sobre *ne bis in idem*, los redactores de la Carta plantean dudas importantes sobre la cuestión. En efecto, si bien destacaron (como se ha hecho aquí) la importancia de guiarse por la

⁷⁷⁹ También el art. 6 del Tratado de la Unión Europea, según reforma del Tratado de Lisboa, establece:

“2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

disposición interpretativa antes citada para entender el *ne bis in idem* del proyecto a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos, afirmaron al mismo tiempo que las excepciones a la garantía versión Schengen son compatibles con el proyecto de Constitución⁷⁸⁰. El argumento utilizado para ello es una genérica remisión a la norma general sobre limitaciones a los derechos consagrada en el inc. 1 del mismo art. 52 de la Carta (II-112 del proyecto de Constitución). Esta disposición autoriza a interferir sobre los derechos reconocidos en la medida que no se los desnaturalice, y únicamente en razón de motivos de interés general o para la protección de las libertades de los demás⁷⁸¹.

Sin embargo, una cosa es limitar derechos básicos y otra muy distinta recortar garantías. Para limitar derechos, como por ejemplo la libertad o la vida privada y familiar, se hace necesario evaluar la injerencia que se pretenda realizar sobre la base de los criterios de reserva de ley, proporcionalidad, necesidad, etc. A juzgar por lo que ocurre en otras cartas de derechos ya sea constitucionales o internacionales este

⁷⁸⁰ En este sentido, en las las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, se afirma que “Las excepciones, bien limitadas, en virtud de las cuales estos convenios permiten a los Estados miembros apartarse del principio ‘non bis in idem’ quedan cubiertas por la cláusula horizontal del apartado 1 del artículo 52 [77] sobre las limitaciones. En lo que se refiere a las situaciones contempladas por el artículo 4 del Protocolo no 7, es decir, la aplicación del principio en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH.” Documento CONVENT 49 del 11 de octubre de 2000, pág. 45, disponible en el sitio *web* del parlamento europeo: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_es.pdf, consultado el 13 de julio de 2007.

⁷⁸¹ Dicha norma dispone concretamente: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

parecería ser el sentido más propio del inc. 1 del art. 52 de la Carta, en tanto establece simplemente las condiciones mínimas para limitar válidamente los derechos reconocidos.

Por otro lado, las garantías expresan un estándar mínimo de protección. Cuando un instrumento consagra una garantía está señalando una obligación algo más concreta, una indicación al Estado acerca de cómo debe comportarse frente a un situación dada a fin de dispensar cierta protección a la persona. Si la norma que consagra la garantía no establece excepciones, no cabe crearlas sobre la base de pautas genéricas de limitación pues ello constituye una extrapolación desde el ámbito de los derechos que no se adecua a la lógica propia de las garantías. La confusión viene dada seguramente porque el autor del proyecto ha definido a la prohibición de *bis in idem* como un “derecho”⁷⁸². Esto no implica descartar en abstracto que pueda haber algunos casos de no aplicación del *ne bis in idem* que tengan que ver con que en la situación particular no se vean afectados seriamente los fundamentos comunes y propios de las distintas manifestaciones de la garantía. Solo que en estos supuestos el análisis sobre la aplicación se hace a partir de esos fundamentos específicos y no con base en pautas generales de limitación de derechos⁷⁸³.

2) OTRAS NORMAS DE LA UNIÓN QUE TRAEN REFERENCIAS AL *NE BIS IN IDEM*

Como quedara de manifiesto en los desarrollos precedentes, además de las disposiciones contenidas en el Convenio de Aplicación

⁷⁸² Véase capítulo III, C, 2) de este trabajo, en el que se analiza si el *ne bis in idem* es un derecho o una garantía.

⁷⁸³ Por ejemplo el caso de una decisión judicial que desvincule definitivamente al imputado del proceso que es dictada fraudulentamente y cuando el sospechoso no ha corrido todavía ningún riesgo relevante. Aquí cabría sostener válidamente la no aplicación de la prohibición de *bis in idem* (es decir la reapertura del proceso o el inicio de uno nuevo) aún cuando tal excepción no estuviera prevista expresamente en el ordenamiento jurídico de que se trate.

del Acuerdo de Schengen y de la Carta existe un conjunto de instrumentos legales de la Unión Europea que contienen previsiones respecto del *ne bis in idem*. La extensión y desarrollo de esas disposiciones varía bastante. En los acápites previos se han discutido las más significativas, en punto a la incidencia que podrían tener para una comprensión sistemática de las disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. De todos modos vale resaltar que aquellas que describen más ampliamente la garantía son en general consistentes con lo dispuesto en los artículos 54 a 58 de dicho Convenio, cuando no idénticas, y por ello toda la exposición previa resulta también aplicable a su configuración y alcances⁷⁸⁴. En general se trata de normas que imitan o bien remiten a las disposiciones de Schengen, para luego limitarse únicamente a establecer una consecuencia concreta en los casos en que haya habido persecución penal previa dentro de la Unión: la posibilidad de que un Estado parte se niegue (obligatoria o facultativamente) a prestar cooperación o asistencia en materia penal a otro, ya sea para posibilitar el trámite de un proceso o para ejecutar una sentencia.

Baste para concluir una enumeración ejemplificativa de las disposiciones de este tenor sobre *ne bis in idem* que están vigentes en el ámbito de la Unión:

Artículo 7 de la Convención sobre la protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas⁷⁸⁵.

Artículo 10 de la Convención sobre lucha contra la Corrupción de los Funcionarios de las Comunidades Europeas o Funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ En igual sentido se ha pronunciado la Comisión de las Comunidades Europeas. Véase Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, Bruselas, 23 de diciembre de 2005, SEC (2005) 1767, pág. 48.

⁷⁸⁵ OJ C 316, 27.11.1995, pág. 48, ratificada por todos los Estados miembros y en vigor desde octubre de 2002.

Artículos 3(2), 4(3) y 4(5) de la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea⁷⁸⁷.

Artículo 7(2) a) de la Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias⁷⁸⁸.

Artículo 7 (1) b) del Convenio de Cooperación en los Procedimientos por Infracción a la Legislación de Tráfico y en la Ejecución de las Sanciones Pecuniarias Impuestas⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ OJ C 195, 25.6.1997, pág. 1, que entró en vigor el 28 de septiembre de 2005.

⁷⁸⁷ OJ L 190 , 18.07.2002, pág.1.

⁷⁸⁸ Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005. Diario Oficial n° L 076 de 22 de marzo de 2005 págs. 0016 a 0030.

⁷⁸⁹ Acervo de Schengen - Decisión del Comité Ejecutivo de 28 de abril de 1999 relativa al Convenio de Cooperación en los Procedimientos por Infracción a la Legislación de Tráfico y en la Ejecución de las Sanciones Pecuniarias Impuestas [SCH/Com-ex (99) 11, 2a rev.]



CAPÍTULO VIII

EL *NE BIS IN IDEM* EN LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

A) CUESTIONES PRELIMINARES

- 1) LA GARANTÍA EN EL CONTEXTO GENERAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Sin duda una de las manifestaciones actuales más relevantes de la prohibición de *bis in idem* en el derecho internacional es su consagración expresa en los instrumentos relativos a diversos tribunales penales internacionales. Tanto los estatutos del Tribunal para la ex Yugoslavia y del Tribunal para Ruanda, como el de el Tribunal Penal Internacional Permanente contienen disposiciones expresas al respecto.

Obviamente, esos instrumentos se refieren a la garantía en un plano genuinamente internacional. Es decir que regulan la posibilidad de actuación de un Tribunal Internacional luego de la intervención de un órgano nacional y viceversa, y en algún caso también la limitación del propio tribunal internacional que no podría intervenir por segunda vez luego de haber juzgado él mismo unos ciertos hechos. Dentro del conjunto de cuestiones vinculadas con la aplicación internacional de *ne bis in idem*, esas relaciones entre tribunales locales e internacionales constituyen manifestaciones de lo que se ha dado en llamar concurrencia vertical nacional-supranacional⁷⁹⁰. Ello constituye una novedad

⁷⁹⁰ DE LA CUESTA, José Luis, “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*. Relación general”, en *Revue In-*

en el Derecho Internacional de la modernidad, puesto que hasta promediando el siglo XX, es decir hasta la aparición de los Tribunales Internacionales creados luego de concluída la segunda guerra mundial, la potestad penal era ejercida únicamente por los Estados y era entonces sólo entre ellos que se podían plantear tanto cuestiones de competencia como la posibilidad de doble persecución penal, pues no había órganos internacionales con atribuciones tales que les permitieran llevar adelante asuntos criminales⁷⁹¹.

El análisis del *ne bis in idem* en relación con los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales tiene además algunos matices propios que merecen una consideración general previa. En primer lugar, corresponde destacar que los mencionados Tribunales se han creado con una competencia limitada. En general, el actual Derecho Penal Internacional está circunscripto a ciertos delitos considerados como particularmente graves y cuya persecución y sanción interesa a toda la humanidad pues se los considera precisamente como atentados contra la humanidad. Ello explica que la configuración de los sistemas de persecución, tanto los establecidos en los mencionados Estatutos como los que se van desarrollando en los Estados, tenga algunas particularidades que inciden tanto positiva como negativamente en la garantía aquí estudiada.

Entre las consecuencias positivas se destaca el hecho de que, en este ámbito, se ve de manera bastante clara que un cierto reconocimiento internacional de la garantía es indispensable. Si de lo que se trata es de la persecución de delitos que afectan a la humanidad toda, si cada vez que se los persigue penalmente, ya sea por un Estado o por

ternationale de Droit Penal, 73e année – nouvelle série, 3e et 4e trimestres 2002, pág. 760.

⁷⁹¹ *Ibidem*. Claro está que ello se entiende como problema con relevancia para el Derecho Internacional, pues el *ne bis in idem* interno ya existía en numerosos Estados. También cabe aclarar que en los antecedentes históricos de la garantía estudiados en el capítulo I se advierten otros supuestos de aplicación si no estrictamente internacional al menos relativa a potestades penales claramente autónomas, como los casos de concurrencia entre tribunales eclesiásticos y civiles de diferente jerarquía. Con ello la idea de “novedad” queda hasta cierto punto relativizada.

un Tribunal Internacional se lo hace en función de ese interés de la comunidad internacional y no de un interés específico de quien efectivamente persigue, parece razonable sostener que la repetición de la persecución penal en diversos países u órganos internacionales carece de razón de ser.

En general, para negar el *ne bis in idem* internacional, es decir para justificar el ejercicio soberano de la propia Potestad Penal con independencia de la persecución previa en un Estado distinto, se ha tendido a afirmar la existencia de un interés específico en la defensa del propio orden jurídico, que podría traducirse en la existencia de fundamentos distintos y específicos para la segunda persecución (falta de identidad de fundamentos). Esto se expresa claramente en los distintos principios para la aplicación de la ley penal en el espacio. En efecto, los principios de territorialidad, de defensa, y de nacionalidad activa o pasiva que consagran los diversos ordenamientos jurídicos expresan distintas formas de afirmar la propia soberanía para ejercer el poder penal en las que es posible hallar alguna conexión con intereses más o menos concretos del propio Estado, ya sea porque el hecho se cometió en el territorio soberano de quien persigue, porque se afectan ciertos bienes considerados esenciales, o porque se ha visto involucrado, ya sea como autor o como víctima, un nacional.

En cambio, la afirmación del principio universal, para aquellos Estados que lo reconocen, implica una extensión peculiar del poder penal estatal no ya en función de un interés únicamente propio sino por el hecho de pertenecer a la humanidad. De allí que se haya sostenido que el reconocimiento del principio universal tiene como contrapartida necesaria la aceptación de un *ne bis in idem* internacional⁷⁹².

⁷⁹² En efecto, se ha llegado a sostener: “*The second point that deserves special mention is the application of the ne bis in idem principle to the final decisions taken by a national criminal court on the sole basis of universal jurisdiction (. . .). Such protection constitutes a reasonable corollary of the multiplication of possible fora in which the alleged perpetrator of a crime under international law may be tried.*” KRESS, Claus, “Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international”, en *Journal of International Criminal Justice*, 1 de julio de 2006, Oxford University Press, pág. 14.

La posibilidad de cualquier Estado persiga penalmente a una persona por determinados hechos implica para ella una multiplicación del riesgo penal. Para que tal multiplicación pueda ser considerada como un trato respetuoso de la dignidad de la persona, se hace necesario limitar el número de persecuciones.

De todos modos, también hay que considerar que la lógica del actual Derecho Penal Internacional es la de lograr la sanción de los responsables de las más graves violaciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. No es de extrañar entonces que el interés por la persecución y sanción se vea amplificado y ello conlleve una cierta relativización de las garantías. Son ejemplos en este sentido tanto la imprescriptibilidad de estos delitos, como la relativización del principio de legalidad, afirmándose la posibilidad de castigo sin que las conductas criminalizadas y las penas se describan en leyes estrictas, ciertas y previas, sino más bien recurriendo a la costumbre internacional o al *ius cogens*. El *ne bis in idem* no es ajeno a esta tendencia, de allí que sea en este ámbito donde se consagren importantes excepciones a su aplicación.

Una última cuestión a destacar ahora, es que la evolución actual del Derecho Penal Internacional se ha dado en el contexto de la creciente importancia de la persona humana individual en el ámbito del Derecho Internacional⁷⁹³. Se ha sugerido inclusive que la consideración de la persona, como titular de los muchos derechos consagrados en instrumentos internacionales y para cuya tutela cuenta con sistemas internacionales de protección, tiene su contracara en las obligaciones y responsabilidades que se le fueron imponiendo desde el De-

⁷⁹³ Para una visión panorámica de las diferentes manifestaciones en la consideración de la persona como sujeto del Derecho Internacional véase SYMONIDES, Janusz, "Access of individuals to international tribunals and international Human Rights complaints procedures", en *Memoria del Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI"*, Tomo I, 2da. edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, págs. 481 a 496.

recho Internacional⁷⁹⁴. El estado actual del Derecho Penal Internacional es en gran medida expresión de la responsabilidad individual como cuestión del Derecho Internacional Público, a partir de la evolución de los principios y criterios generados en los juicios de Nüremberg⁷⁹⁵. Desde esta perspectiva, resulta claro que las normas de los Estatutos de los diversos Tribunales Penales Internacionales hoy existentes que establecen garantías en el marco de los procesos seguidos ante ellos, se orientan precisamente a la protección de esas personas humanas individuales que pueden ahora ser sometidas a su jurisdicción. Es posible afirmar entonces que el *ne bis in idem* de los Estatutos que se analizarán a continuación tiene a la persona humana, y únicamente a ella, como titular. Por esta razón no resultará necesario volver en ese análisis sobre la cuestión de la titularidad de la garantía.

B) LOS ESTATUTOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES PARA LA EX YUGOSLAVIA Y PARA RUANDA

1) PANORAMA GENERAL

Los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda surgieron en la década de 1990 a partir de resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU concernientes a las atrocidades cometidas en en los respectivos territorios.

⁷⁹⁴ KOMAROW, Gary, "Individual Responsibility under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems", en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, 1980, Cambridge University Press, págs. 21 y 22.

⁷⁹⁵ Entre muchas otras, véase como obra general sobre la cuestión: SUNGA, Lyal S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Londres, 1992. También en WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, págs. 41 a 75.

Concretamente el Tribunal para la ex Yugoslavia se creó mediante la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad. Dicha resolución disponía que, que en uso de la autoridad conferida al Consejo en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, “se establecía un tribunal internacional para la persecución de las personas responsables de las graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991⁷⁹⁶.” A partir de esa resolución se estudió y aprobó un Estatuto que determina las posibilidades de actuación del Tribunal, y que a su vez está complementado por un reglamento de procedimiento y prueba. Este último fue creado por el mismo Tribunal de conformidad con el art. 15 del Estatuto.

Por otra parte el Tribunal para Ruanda se creó luego de que un Relator Especial, convocado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para evaluar la situación de tales derechos en aquel país, presentara un informe en mayo de 1994 en el que expresaba que había ocurrido un genocidio. Ello movió al Consejo de Seguridad a reconocer la gravedad de la situación, y a dictar la Resolución 955(1994) por la que se creó el Tribunal correspondiente para juzgar a los autores de los hechos. De este modo se dictaron luego el Estatuto y las reglas de procedimiento correspondientes, para lo cual se recurrió como modelo a las normas preparadas poco tiempo antes para Yugoslavia.

No puede sorprender entonces que existan muchas y muy relevantes coincidencias entre ambos conjuntos de normas, lo que a su vez ha generado que el Tribunal para Ruanda tome como referencia en muchas de sus resoluciones la jurisprudencia del Tribunal para Yugoslavia. Un elemento central de esas semejanzas es que ambos estatutos, a diferencia con lo que ocurre con el de la Tribunal Penal Internacional Permanente, fijan la primacía de la jurisdicción de los Tribunales Internacionales por sobre cualquier jurisdicción local que pueda ser

⁷⁹⁶ Informe del Secretario General de la ONU respecto del párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, ONU, Doc. S/25704, de 3 de mayo de 1993, párrafo 1.

también competente para juzgar los mismos hechos. Con lo cual todo el conjunto de disposiciones y garantías debe ser mirada desde esta perspectiva⁷⁹⁷.

En lo que concierne específicamente al *ne bis in idem*, las disposiciones pertinentes constituyen un ejemplo cabal de esa semejanza. En efecto, los Estatutos de los Tribunales para Ruanda y para la ex Yugoslavia contienen en sus respectivos art. 9 y art. 10 una disposición prácticamente idéntica, cuya única diferencia es que en el Estatuto para Yugoslavia se menciona al propio Tribunal Internacional con esa denominación genérica: “Tribunal” o bien “Tribunal Internacional”, mientras que en el otro Estatuto se habla específicamente del “Tribunal Internacional para Ruanda” o más brevemente del “Tribunal para Ruanda”. A continuación se habrá de transcribir el art. 9 del Estatuto del Tribunal para Ruanda, en su versión castellana publicada por el mismo órgano. Dicho texto consagra la garantía del siguiente modo:

“Cosa juzgada

1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional para Rwanda.

2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal para Rwanda solamente si:

a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o

⁷⁹⁷ Sobre los opuestos primacía - complementariedad en la jurisdicción de los Tribunales Penales Internacionales véase BROWN, Bartram S., “Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals”, en *The Yale Journal of International Law*, Summer, 1998.

b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente Estatuto, el Tribunal Internacional para Rwanda tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por un tribunal nacional a la misma persona por el mismo acto ya había sido cumplida⁷⁹⁸.”

Lo primero que llama la atención del texto transcrito es que en la rúbrica se habla de “cosa juzgada”, cuando en realidad en las versiones inglesa y francesa de ambos Estatutos se titula con mayor propiedad “*non bis in idem*”. Pero más allá de esa primera denominación, el elemento más destacable para la configuración de la garantía es que en la disposición transcrita se regula la prohibición de *bis in idem* únicamente para los casos en que la duplicación de procesos se da entre el Tribunal internacional y los tribunales nacionales. En efecto, el primer inciso prohíbe la nueva persecución ante la jurisdicción nacional luego de que una persona fuera juzgada ante el Tribunal Internacional. El segundo inciso veda la persecución en sede internacional si la persona ya fue juzgada por un tribunal nacional, con algunas excepciones. De este modo, queda sin establecer con claridad una solución para el caso en que la duplicación de persecuciones o sanciones ocurra enteramente en el ámbito del mismo tribunal internacional (si el problema se plantea entre dos tribunales del mismo país o entre dos tribunales de países distintos la cuestión es obviamente ajena a los Estatutos de los Tribunales Internacionales).

No obstante esa falta de previsión expresa, sería poco sistemático que el Tribunal Internacional tenga en principio prohibido intervenir cuando un sujeto ha sido previamente juzgado por los mismos

⁷⁹⁸ Véase el sitio de internet [http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/SRES-955\(1994\)Espanol.pdf](http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/SRES-955(1994)Espanol.pdf), revisado el 2 de noviembre de 2007.

hechos en algún país (salvo excepciones), y al mismo tiempo se le permitiera hacerlo cuando los que hubieran intervenido previamente fuesen sus propios jueces. Si se parte de la base de que consagrar un *ne bis in idem* internacional es una forma de ampliar el alcance de la prohibición hacia un ámbito no siempre reconocido, se puede sostener que las disposiciones que están siendo comentadas contienen implícitamente la prohibición en su forma más básica.

En conexión con lo anterior, hay que tener en cuenta también que la disposición que obliga a computar penas anteriores relativas a los mismos hechos consagrada en el inciso 3, se refiere únicamente a las dictadas por tribunales nacionales (en los casos en que la doble persecución es permitida en función de alguna de las excepciones previstas en el inciso 2). Si estuviera permitido que el mismo Tribunal Internacional persiga dos veces a una misma persona por los mismos hechos, razonablemente se hubieran mencionado también en el inciso 3 las penas eventualmente por él impuestas. De lo contrario se caería en una situación absurda: No se les daría ninguna relevancia a las penas eventualmente impuestas antes por sus propios jueces a los fines del cómputo de la nueva sanción, y en cambio existiría la obligación de descontar las sanciones previamente fijadas por los tribunales locales. Es decir que se le daría más peso y relevancia a las penas anteriores de otros tribunales estatales que a las del mismo Tribunal Internacional.

Más allá de estos argumentos de orden sistemático, no puede soslayarse que el *ne bis in idem* interno, operativo dentro de una misma jurisdicción, es indiscutiblemente una garantía penal reconocida en los instrumentos de Derechos Humanos, con lo cual su no respeto por los Tribunales Penales Internacionales pondría seriamente en duda la legitimidad de su actuación.

Por lo demás, la Cámara de Juicio II del Tribunal para Ruanda parece haberse pronunciado indirectamente sobre la cuestión en el caso *Nzabirinda*, donde expresó lo siguiente:

“La Cámara recuerda que el artículo 9 (1) del Estatuto prohíbe un segundo juicio de un acusado por la misma violación

grave del Derecho Internacional Humanitario. El principio de non bis in idem se aplica a personas que han sido juzgadas por el TPIR (artículo 9(1)), o a personas que han sido juzgadas ante un tribunal nacional (artículo 9(2)) por hechos que constituyen graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario⁷⁹⁹.”

Como puede apreciarse, se habla de la aplicabilidad de la prohibición de *bis in idem* a personas que han sido juzgadas por el Tribunal Internacional, sin que se sugiera ninguna posibilidad de ulterior de intervención penal, ya sea por otro órgano (como expresamente prevé el estatuto) o por el mismo (como cabe considerar implícito). Es decir que parece interpretarse el inciso primero de una manera razonablemente más amplia que lo sugerido por la sola letra de la disposición. En cambio en lo que respecta al inciso segundo, o sea la posibilidad de perseguir a alguien que ya fue sometido a un tribunal nacional, si bien el párrafo transcrito parece reconocer también la operatividad de la prohibición de *bis in idem* en forma irrestricta, se hace una salvedad en una nota al pie no copiada aquí en punto a que en estos casos operan las excepciones expresamente previstas en el Estatuto⁸⁰⁰.

Además, en varios fallos de ambos Tribunales se trata la cuestión del concurso de delitos en su relación con el *ne bis in idem*. Ello hace pensar que tanto el Tribunal para Yugoslavia como el Tribunal para Ruanda se consideran en alguna medida limitados por la prohibición aún en circunstancias en las que no hay ninguna intervención previa de un tribunal nacional. En efecto, ante ambos tribunales se ha planteado si resulta legítimo condenar a una persona por varios delitos derivados de los mismos hechos. Sus conclusiones sobre este punto serán tratadas en seguida, al desarrollar cómo consideran ellos la identidad de hechos. Por ahora basta tomar en cuenta que han procurado

⁷⁹⁹ TPIR, Cámara de Juicio II, caso *Nzabirinda*, n° ICTR-2001-77-T, sentencia de 23 de febrero de 2007, párr. 45.

⁸⁰⁰ En efecto, en la nota n° 56 del fallo *Nzabirinda* que está al pie del párrafo transcrito se señala: “Una persona juzgada por una jurisdicción nacional en esas circunstancias puede ser juzgada por el TPIR sólo bajo ciertas condiciones descriptas en el artículo 9 (2)(a) y (b) del Estatuto.”

establecer algunos límites a la posibilidad de condenas múltiples sobre la base de la misma conducta, y con ello han puesto de manifiesto una cierta operatividad del *ne bis in idem* sustantivo sin que se exija como presupuesto la intervención previa de ningún órgano jurisdiccional local⁸⁰¹.

2) ¿HECHOS O DELITOS?

a) **Las expresas referencias a “hechos” en los textos de los Estatutos y en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc***

Si hubiera que atenerse a la letra de los tres incisos de las disposiciones casi idénticas sobre *ne bis in idem* que contienen los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda, pocas dudas podrían caber en punto a que en ellos se consagra la prohibición en términos de identidad de hechos, y no de identidad de delitos. En efecto se reiteran allí las referencias a “actos” (*acts* en inglés y *faits* en francés). Es decir que el punto de partida para el análisis de esta problemática en ambas vertientes de la prohibición debería ser la conducta, y no la mera existencia de figuras delictivas diferentes. Lo único que podría poner en duda esta conclusión es una de las excepciones

⁸⁰¹ La relación que los tribunales penales internacionales ven entre la problemática del concurso y el *ne bis in idem* aparece bien ejemplificada por la decisión del Tribunal para Ruanda en el caso *Akayesu*. En ese caso, la Cámara de Juicio I afirmó: “La pregunta que surge en esta etapa es en qué medida, si la Cámara está convencida más allá de toda duda razonable que cierta alegación de hechos contenida en la acusación ha sido probada, se podría encontrar al acusado culpable de todos los delitos imputados en relación con esos hechos o solo uno. La razón para plantear esta pregunta es que podría argumentarse que la acumulación de cargos criminales viola el principio de *double jeopardy* o el *non bis in idem* sustantivo en Derecho Penal. Por lo tanto, un acusado que fuera encontrado culpable tanto de genocidio como de delitos contra la humanidad en relación con el mismo conjunto de hechos podría argumentar que ha sido juzgado dos veces por el mismo delito, lo que es generalmente considerado inaceptable en Derecho Penal.” TPIR, Cámara de Juicio I, caso *Akayesu*, n° ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párr. 462.

expresamente establecida en el inciso 2: El Tribunal Internacional puede perseguir si el hecho fue previamente considerado en un tribunal nacional como un delito común y no como uno internacional. Claro está que esto no es más que una excepción, cuyo alcance podría explicarse también desde una posible falta de identidad de fundamentos⁸⁰². Además, también cabe tener en cuenta que cierta apreciación normativa es indispensable para poder establecer en definitiva la unidad o pluralidad de hechos.

En consonancia con la idea de que el punto de partida en los estatutos de los Tribunales *ad hoc* es la identidad de hechos y no la de delitos, el Tribunal para Ruanda sostuvo en el caso *Bagasora* que la fiscalía no podía someterle a juicio a una persona por genocidio y crímenes contra la humanidad si ella había sido previamente juzgada por la misma “conducta” ante tribunales de Bélgica⁸⁰³. También es interesante constatar una cierta referencia a la relación entre la identidad de hechos y la determinación del objeto del proceso en el caso *Ntagerura* del mismo Tribunal. Allí se sostuvo que hay una correlación entre la objetividad de la acusación, es decir una descripción precisa y detallada de los “hechos” para verificar su congruencia con la sentencia y para posibilitar la aplicación del *ne bis in idem*⁸⁰⁴.

⁸⁰² Es decir que la consideración previa como delito común de un hecho materialmente mucho más grave que por ello interesa a la comunidad internacional, no alcanza en absoluto para satisfacer los fines legítimos perseguidos al castigar los delitos contra la humanidad. Claro que esta apreciación siempre debe hacerse en concreto, y por ello la excepción así construída resulta criticable. Véase en este sentido capítulo II, C, 5.

⁸⁰³ TPIR, Cámara de Juicio, caso *Bagasora*, n° ICTR-96-7-D, sentencia de 17 de mayo 1996, párr. 13.

⁸⁰⁴ TPIR, Cámara de Apelaciones, caso *Ntagerura*, n° ICTR-99-46-T, sentencia de 7 de julio de 2006, párr. 17 y 27. La importancia del concepto de objeto procesal a los fines de la determinación de la identidad de hechos ha sido considerada aquí en el capítulo II, B, 2, e). Allí se entendió que el objeto procesal es el segundo filtro relevante en un enfoque normativo y fáctico del concepto de hecho a los fines de *ne bis in idem*.

b) La incidencia en la cuestión de la jurisprudencia sobre concurso de delitos e individualización de la pena

No obstante esos precedentes, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no ha sido del todo consecuente con el punto de partida basado en la conducta. Ello se ve sobre todo en sus decisiones sobre concurso de delitos, en las que los criterios utilizados para afirmar la unidad o la multiplicidad de hechos parecen partir más bien de los elementos de los tipos eventualmente aplicables⁸⁰⁵. El precedente hoy vigente en esta materia es el caso *Celebici*, de la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Yugoslavia, cuyos términos fueron expresamente seguidos luego por la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Ruanda en el caso *Musema*⁸⁰⁶.

En *Celebici*, el Tribunal para Yugoslavia realizó un análisis bastante superficial de los distintos criterios sobre concurso de delitos vigentes en algunos ordenamientos jurídicos, y optó por aplicar un test tomado de la jurisprudencia de los Estados Unidos⁸⁰⁷. De este modo llegó a afirmar:

⁸⁰⁵ Para un desarrollo general del concurso de delitos en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales véase CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, ya citado, págs. 212 a 218. Asimismo véase CONWAY, Gerard, “Ne bis in idem and the International Criminal Tribunals”, en *Criminal Law Forum* 14, 2003, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, págs. 369 a 377. Allí el autor realiza una descripción bastante exhaustiva de la cuestión en la misma jurisprudencia aquí trabajada de los Tribunales para Ruanda y Yugoslavia.

⁸⁰⁶ TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Celebici*, n° IT-96-21-A, sentencia de 20 de febrero de 2001, párr. 389 a 432. TPIR, Cámara de Apelaciones, caso *Musema*, n° ICTR-96-13-A, sentencia de 16 de noviembre de 2001, párr. 346 a 370.

⁸⁰⁷ En efecto en el párr. 409 de este caso hay una cita expresa del fallo *Blockburger*, 284 U.S. 299 (1932), de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que es la doctrina que hasta cierto punto toma como se verá seguidamente en el texto.

En igual sentido en punto a la adopción de los criterios de la Corte Suprema de los Estados Unidos por parte de los Tribunales para Ruanda y Yugoslavia véase DANIELS, Reynaud N., “Non Bis in Idem and the International Criminal Court”, en *beppress Legal Series*, Paper 1365, The Berkeley Electronic Press, 2006, p. 19.

“Habiendo considerado las diferentes aproximaciones sobre esta cuestión expresadas tanto por este Tribunal como en otras jurisdicciones, esta Cámara de Apelaciones afirma que razones de justicia para con el acusado y la consideración de que solamente crímenes diferentes pueden justificar condenas múltiples, llevan a la conclusión de que tales condenas penales múltiples dictadas con sustento en disposiciones legales diferentes pero basadas en la misma conducta son permisibles únicamente si cada disposición legal involucrada tiene un elemento materialmente distinto no contenido en la otra. Un elemento es materialmente distinto de otro si requiere prueba de hecho no requerida por el otro.

Cuando este test no se satisfaga, la Cámara deberá decidir en relación a qué delito dictará una condena. Esto debe hacerse sobre la base del principio según el cual debe confirmarse la condena correspondiente a la disposición más específica. Por lo tanto, si un conjunto de hechos es regulado por dos disposiciones, una de las cuales contiene un elemento adicional materialmente distinto, entonces la condena debe sustentarse únicamente en esa disposición⁸⁰⁸.”

Por su parte, la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Ruanda, se limitó a seguir al pie de la letra esta decisión citándola expresamente. De este modo afirmó:

“Desde el punto de vista de esta Cámara de apelaciones, el mencionado test concerniente a las condenas múltiples contiene criterios generales y objetivos que permiten a la Cámara determinar cuando puede dictar o confirmar condenas múltiples basadas en los mismos hechos. La Cámara de Apelaciones confirma que éste es el test que debe ser aplicado con respecto a las condenas múltiples que surjan de Estatuto del TPIR. La Cámara también adhiere al enfoque de la sentencia de apelación del caso *Celebici*, respecto de los elementos de los delitos a ser tenidos en consideración para la aplicación de este test. Al aplicar este test deben ser tomados en cuenta to-

⁸⁰⁸ TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Celebici*, antes citado, párr. 412 y 413.



dos los elementos legales de los delitos, incluso aquellos contenidos en el párrafo introductorio de las disposiciones⁸⁰⁹.”

Lo primero que hay que destacar respecto del criterio seguido por ambos Tribunales Internacionales para condenar por delitos diferentes basados en una misma conducta, es que sus planteamientos constituyen una clara extrapolación de una doctrina creada en un sistema jurídico en el que la disposición constitucional sobre *double jeopardy* prohíbe la doble persecución por el mismo “delito”⁸¹⁰, en tanto la disposición correspondiente a los estatutos de los Tribunales *ad hoc* antes transcrita habla expresamente de “hechos”. Si bien es cierto que los Estatutos no regulan específicamente el tema del concurso de leyes y de delitos, en la medida en que se advierta la conexión de esa problemática con el *ne bis in idem* lo más razonable parecería tomar

⁸⁰⁹ TPIR, Cámara de Apelaciones, caso *Musema*, antes citado, párr. 363.

Por su parte la Cámara de Juicio había adelantado ya un test similar en el caso *Akayesu*, donde expresó: “Sobre la base del derecho y la jurisprudencia nacional e internacional, esta Cámara concluye en que es aceptable condenar al acusado por dos delitos relacionados con el mismo conjunto de hechos en las siguientes circunstancias: (1) cuando los delitos tienen elementos diferentes; (2) cuando las disposiciones que crean los delitos protegen intereses diferentes; o (3) cuando es necesario dictar una condena por ambos delitos a fin de describir completamente lo que el acusado hizo. Sin embargo, la Cámara considera que no está justificado el condenar a un acusado por dos delitos relativos a un mismo conjunto de hechos cuando (a) un delito es una figura menos grave incluida en la otra, por ejemplo homicidio y lesiones graves, robo y hurto, o violación y abuso sexual; o (b) cuando un delito imputa responsabilidad a título de partícipe y el otro responsabilidad a título de autor, como por ejemplo genocidio y complicidad con genocidio.” TPIR, Cámara de Juicio I, caso *Akayesu*, ya citado, párr. 468. Se trata de una variante del test de comparación de los elementos de los tipos, al que se suma otra excepción basada en la protección de intereses diferentes (cuestión que podría vincularse con la falta de identidad de fundamentos) y una referencia a la necesidad de imponer una condena múltiple basada en una íntegra y completa valoración del hecho. Sólo parecen quedar fuera de la posibilidad de condena múltiple algunos casos de concurso aparente ejemplificados en los puntos a), b) y c).

⁸¹⁰ En efecto, tal como se viera en el capítulo II, D, 2., b), la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe la doble puesta en riesgo penal por el mismo delito (*offense*).

en cuenta un criterio de interpretación compatible con la redacción existente, y no importar una doctrina que, si bien toma en consideración elementos “probatorios”, parte de una disposición distinta.

En efecto, en Estados Unidos se considera que, en la medida que el legislador sea explícito en su intención de castigar separadamente cada infracción de las normas penales aplicables a un caso dado (aunque se trate de una única conducta) ello no está constitucionalmente vedado. El test comparativo sólo se aplica en caso de duda sobre la real intención del legislador. Como quedara dicho en el capítulo II, el test de la misma evidencia tiene en Estados Unidos dos interpretaciones posibles: una referida a la comparación abstracta de los elementos de los tipos penales concurrentes y otra a un análisis más concreto de la evidencia producida en cada caso⁸¹¹.

Según surge de los párrafos antes transcritos, los Tribunales *ad hoc* siguen la corriente más legalista, que aparece como la menos compatible con las disposiciones sobre *ne bis in idem* de los Estatutos. Resulta importante destacar de todos modos, que la crítica ahora formulada no implica contradecir lo dicho oportunamente en el capítulo II en punto a que es imposible determinar la unidad y pluralidad de hechos delictivos sin una referencia a los tipos en juego. Pero allí se sugirió ver la conducta del autor a la luz de los tipos, y no partir de la multiplicidad de normas como indicio de la posibilidad de persecuciones y sanciones múltiples. Se trata de definir cuáles de las figuras que en principio abarcan la conducta del autor resultan en realidad aplicables, sobre la base de criterios surgidos de las teorizaciones acerca de la clasificación de los tipos penales, el concurso de leyes, el concurso de delitos, el delito continuado, etc.⁸¹². Si bien esos criterios tampoco

⁸¹¹ En efecto, se mencionó en el acápite citado en la nota previa, que si bien en el sistema federal parece mirarse más al aspecto legal, hay estados que separan este análisis en dos tests distintos, verificando así tanto un aspecto normativo (*statutory elements test*) como un aspecto fáctico (*actual evidence test*). Así por ejemplo el Tribunal de Apelaciones del estado de Indiana, caso *Ward v. Indiana*, resolución n° No. 34A04-0002-CR-59, de 13 de septiembre de 2000.

⁸¹² Ver esquema propuesto en capítulo II, B, 2, d), como primer paso para el análisis de la identidad de hechos en un enfoque normativo y fáctico.

están exentos de problemas, tienen al menos un importante grado de desarrollo y por ello permiten soluciones más precisas. En cambio, el test comparativo de los tipos penales para ver si contienen exactamente los mismos elementos constituye quizás una teoría distintiva más fácilmente manejable, pero su desarrollo es al mismo tiempo mucho más pobre y problemático.

En efecto, el test utilizado por los Tribunales *ad hoc* permite ver delitos punibles por separado allí donde no hay más que un concurso de agravantes del mismo hecho básico, en tanto cada circunstancia agravante contenga un elemento específico que no exige la otra. No parece haberse realizado una distinción suficiente entre los elementos centrales y los accesorios de los tipos en juego, sino que simplemente se busca algún elemento diferente en los textos legales y no en el caso concreto⁸¹³, con lo cual las posibilidades de que haya una intervención penal desproporcionada son considerables.

Por ejemplo, la evolución posterior a *Celebici* ha llevado a condenar las mismas muertes separadamente como genocidio y como exterminio (delito de lesa humanidad), en tanto la primera figura requiere la intención de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico racial o religioso, y la segunda no requiere esa intención específica pero exige a su vez que las conductas sean parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (elemento no requerido por el genocidio)⁸¹⁴. También se han convalidado condenas por homicidio como violación del derecho o las costumbres de la guerra y homicidio como crimen de lesa humanidad (aunque se tratase de las mismas muertes), en la medida en que la primera figura requiere específicamente un vínculo cercano entre los actos del acusado y un conflicto armado, y la segunda no reclama ese vínculo pero requiere por su parte del ataque generalizado o sistemático al que ya se hiciera

⁸¹³ Ese análisis en concreto era por ejemplo lo que el imputado le reclamaba a la Cámara de Apelaciones en el caso *Musema*. Véase TPIR, Cámara de Apelaciones, caso *Musema*, antes citado, párr. 350.

⁸¹⁴ *Idem*, párr. 366.

referencia⁸¹⁵. Asimismo se observan algunas afirmaciones un tanto dogmáticas acerca de la separación de hechos en ciertos casos⁸¹⁶.

Resulta difícil determinar las razones por las cuales los Tribunales *ad hoc* se han apartado de una concepción algo más restrictiva que parecían seguir anteriormente respecto de la posibilidad de condenar separadamente por delitos vinculados con un mismo conjunto de hechos. Por ejemplo la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Ruanda en el caso *Kayishema* proponía que no obstante las condenas por múltiples delitos a la hora de dictar el veredicto, se hacía necesario no sumar las penas ni imponerlas consecutivamente sino estar a un cumplimiento en paralelo o concurrente. En efecto, allí sostuvo que las condenas acumulativas:

“ . . . serían impropias en tanto equivalieran a condenar al acusado dos veces por el mismo delito. Esta Cámara de Juicio considera que eso sería altamente perjudicial y jurídicamente insostenible en las circunstancias de este caso⁸¹⁷.”

⁸¹⁵ Así TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Kupreskic*, n° IT-95-16, de 23 de octubre de 2001, párr. 381 a 388. Véase también TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Jelusic*, n° IT-95-10, sentencia de 5 de julio de 2001, párr. 82, entre otros.

⁸¹⁶ Por ejemplo TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Kupreskic*, antes citado, párr. 389 y 392. Allí un condenado planteaba que los crímenes contra la humanidad del art. 5 del Estatuto constituyen actos necesariamente continuos y prolongados, y que la comisión de varios actos consecutivos de ese tipo de crímenes no admite acusación y condena múltiple. En los hechos se trataba de haber entrado en una casa de familia, haber asesinado a uno de sus integrantes mientras se obligaba a los demás a salir de la vivienda, reteniéndolos unos instantes fuera mientras se le prendía fuego a la casa. Por toda respuesta la Cámara se limitó a describir esos hechos y a decir que coincidía con el fiscal en que eran diferentes. Sin perjuicio de que esta afirmación sea sustentable, es cierto que los delitos de lesa humanidad constituyen en general unidades de sentido más amplias que los delitos comunes, aunque baste un solo acto para consumarlos. Con lo cual el planteamiento del acusado ameritaba un desarrollo mayor como respuesta.

⁸¹⁷ TPIR, Cámara de Apelaciones, caso *Kayishema*, n° ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de mayo de 1999, párr. 648 y 649.

Es decir que, aún mediando veredicto de culpabilidad en el que sí quepa acumular delitos basados en los mismos hechos, ello no puede derivar luego en una sumatoria de penas a la hora de individualizarlas e imponerlas pues de este modo sí se vería afectado el *ne bis in idem*. Repárese en que, en varios sistemas jurídicos, el veredicto de culpabilidad y la determinación e imposición de la pena se producen en la misma resolución. En cambio, en los Tribunales para Ruanda y Yugoslavia ello se hace separadamente.

Un enfoque similar a la doctrina de *Kayishema* regía hasta cierto punto en el Tribunal para Yugoslavia antes de *Celebici*. Así en el caso *Tadic* se planteó, en una primera resolución relativa a la acumulación de cargos en la acusación, lo siguiente:

“[D]ado que esta es una materia que solo será relevante en cuanto afecte la pena, será mejor tratarla cuando la cuestión de la pena deba ser considerada (si es que llega a serlo). Lo que de todos modos puede decirse con certeza es que la pena no puede hacerse depender de si la acusación por varios delitos que surgen de la misma conducta es acumulativa o alternativa. Lo que debe castigarse mediante pena es la conducta criminal probada, y ello no habrá de depender de los tecnicismos de los alegatos⁸¹⁸.”

La afirmación no es en si misma muy clarificadora, pero pone de manifiesto dos cosas. La primera es que la doble imputación en el momento de la acusación (previo a la sentencia) no vulnera la garantía. Ello fue confirmado luego en *Celebici*⁸¹⁹. La segunda cuestión,

⁸¹⁸ TPIY, Cámara de Juicio II, caso *Tadic*, n° IT-94-1-T, decisión acerca de la moción de la defensa sobre la formación de la acusación de 14 de noviembre de 1995, pág. 10.

⁸¹⁹ En efecto, en *Celebici* se dijo: “Las acusaciones acumulativas deben ser permitidas a la luz del hecho de que, antes de la presentación de toda la evidencia, no es posible determinar con certeza cuáles de los cargos presentados contra el acusado podrán ser probados. El Tribunal de Juicio está en mejor posición, después de la producción de prueba por las partes, de evaluar cuáles de los cargos deben sostenerse, basados en evidencia suficiente. Además, las acusaciones acumulativas cons-

vinculada con la anterior, es que desde la perspectiva del *ne bis in idem* el mayor problema derivado de que una persona sea condenada por varios delitos referidos todos a los mismos hechos es el de la pena, pues solo si esa condena múltiple se traduce posteriormente en imposición de varias penas sumadas o de cumplimiento sucesivo se podría llegar a ver vulnerada la vertiente sustantiva de la prohibición.

Siguiendo con la evolución del caso *Tadic*, hay que decir que posteriormente, la Cámara de Juicio evitó la acumulación de condenas dejando de lado algunos de los cargos presentados por la acusación, que estaban basados en los mismos hechos que otros por los cuales se declaró culpable al acusado. Sin embargo, ante el recurso del Fiscal, la Cámara de Apelaciones anuló esa absolucón parcial. En consecuencia, *Tadic* resultó cumulativamente condenado por numerosos delitos originados en la misma conducta, aunque en esta oportunidad la Cámara no trató expresamente el problema ni recurrió a ningún test como el que posteriormente utilizaría en *Celebici*⁸²⁰. Pero lo que importa destacar ahora es que esas condenas múltiples por los mismos hechos finalmente no resultaron en penas sucesivas sino concurrentes, convalidadas por la misma Cámara de Apelaciones⁸²¹.

De todos modos en *Tadic* no está del todo claro que la negativa a sumar las penas fuese una exigencia. El carácter obligatorio de la

tituyen una práctica habitual tanto de este Tribunal como del TPIR.” Véase TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Celebici*, ya citado, párr. 400.

Esto implica que la cuestión de la acumulación de cargos en un mismo proceso solo interesa desde la perspectiva del *ne bis in idem* sustantivo y no del procesal. La acusación por varios delitos relativos a los mismos hechos no es contemplada como una persecución penal múltiple. Ello es hasta cierto punto compatible, pues no obstante el mayor esfuerzo que la contestación de más cargos implica para la defensa, no se advierten ni una duplicación intolerable de los riesgos del proceso ni una afectación de la cosa juzgada. Quizás en casos muy evidentes de concurso aparente deberían limitarse las acusaciones múltiples a ser alternativas y no acumulativas.

⁸²⁰ TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Tadic*, n° IT-94-1-A, sentencia de 15 de julio de 1999, pág. 144.

⁸²¹ TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Tadic*, n° IT-94-1-A y IT-94-1-A bis, sentencia sobre la apelación de la pena de 26 de enero de 2000, pág. 33.

imposición de penas en paralelo en los casos de condenas basadas en los mismos hechos se ve mejor en el caso *Aleksovski*, donde la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Yugoslavia expresó con claridad:

“Los actos materiales del recurrente que sustentan la acusación son los mismos respecto de los cargos 8 y 9 [por los que fue absuelto], como lo son respecto del cargo 10, por el cual el recurrente fuera condenado. Por lo tanto, aún si el veredicto de absolución debiera ser anulado por establecerse la culpabilidad respecto de esos cargos, no sería apropiado incrementar la pena del recurrente. Más aún, cualquier pena impuesta en relación con los cargos 8 y 9 debería correr de manera concurrente con la pena por el cargo 10⁸²².”

c) Valoración crítica de la evolución jurisprudencial antes reseñada

En síntesis, antes de *Celebici* y *Musema*, los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda aceptaban acusaciones por múltiples cargos basados en los mismos hechos, eventualmente declaraban o no culpables a los acusados por esos cargos acumulados, y si se lo hacía no había tampoco un criterio claro sobre cuando procedía tal acumulación (con la excepción del precedente *Akayesu* de una Cámara de Juicio del Tribunal para Ruanda donde se ensaya un test⁸²³). De todos modos a la hora de imponer sanciones parecían exigir que las penas impuestas no se sumaran en estos casos, con lo cual no se llegaba en concreto a una doble imposición de penas por los mismos hechos.

En cambio, a partir de *Celebici* y *Musema*, empezó a regir un test bastante discutible como criterio para decidir si es procedente la acumulación de condenas, pero además se comenzó a considerar que

⁸²² TPIY, caso *Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, sentencia de 24 de marzo de 2000, pág. 60. El agregado entre corchetes me pertenece.

⁸²³ TPIR, Cámara de Juicio I, caso *Akayesu*, ya citado, párr. 468. Sobre este test véase también DE THAN, Claire y SHORTS, Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londres 2003, págs. 6 y 7.

en casos en que hubiera acumulación de condenas por diferentes delitos basados en los mismos hechos podía haber tanto una pena única, penas concurrentes (en paralelo) o penas sucesivas. En efecto, en *Celebici*, luego de reconocerse expresamente que en la jurisprudencia anterior se tendía a imponer penas en paralelo⁸²⁴, se fija como nuevo criterio rector el siguiente:

“Corresponde al ámbito discrecional de la Cámara de Juicio imponer penas que sean tanto globales, concurrentes o consecutivas, o una mezcla de concurrente y consecutiva. En lo que hace a la pena finalmente impuesta, sin embargo, el criterio principal es que ella debe reflejar la totalidad de la conducta culpable (el principio de totalidad), o generalmente, que ella debe reflejar la gravedad de los delitos y la culpabilidad del condenado de modo tal que sea tanto justa como apropiada⁸²⁵.”

De lo expuesto surge con claridad la tensión existente entre el principio de valoración integral de los hechos delictivos y el *ne bis in idem* sustantivo a los fines de la individualización de la pena. Los Tribunales Internacionales han optado por reconocerle un amplio poder de decisión a la Cámara de Juicio para fijar la pena que estime ade-

⁸²⁴ En efecto, luego de establecer la obligatoriedad del mencionado test de la misma evidencia a la hora de establecer si corresponde condenar acumulativamente, el Tribunal afirmó: “Si en aplicación del primer supuesto del test antes mencionado, se llegara a la decisión de condenar cumulativamente por la misma conducta, la Cámara de Juicio debe considerar el impacto que esto tendrá en la imposición de la pena. En el pasado, tanto ante éste Tribunal como ante el TPIR, las condenas por múltiples delitos resultaban en la imposición de distintos períodos de prisión que se ordenaba que corrieran en forma concurrente.” TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Celebici*, antes citado, párr. 428.

⁸²⁵ *Idem*, párr. 429. Además, complementando estas afirmaciones, en el párr. 430 se dice en forma un tanto reiterativa: “Por lo tanto el objetivo principal al imponer pena debe ser asegurar que la pena final o total refleje completamente la conducta criminal y la culpabilidad general del condenado. Esto puede lograrse tanto a través de la imposición de una pena respecto de todos los delitos, o varias penas que corran de manera concurrente, o consecutivamente, o de ambas maneras. La decisión acerca de cómo lograr esto está dentro del ámbito discrecional de la Cámara de Juicio.”

cuada, y han disminuido en consecuencia el alcance de la garantía. Se parte de un test bastante limitado que permite con relativa facilidad negar la identidad de hechos (porque se mira más bien a una identidad de delitos) e imponer condenas múltiples siempre que se constaten variaciones más o menos accidentales en la redacción de los tipos penales aplicables al caso. Luego se sigue con una amplia discrecionalidad del sentenciante que le permite en cualquier supuesto de acumulación imponer condenas sucesivas, independientemente de que haya habido concurso real, concurso ideal o concurrencia de agravantes. Lo deseable sería que ya al momento de dar el veredicto condenatorio las Cámaras de Juicio anticipasen si la afirmación de una condena por varios delitos constituye un supuesto de concurso ideal o real, para discutir luego acerca de la pena sobre bases más claras para todas las partes. Esto implicaría, claro está, una mayor influencia de los sistemas continentales en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda.

Hay motivos para pensar que parte de las razones por las cuales los Tribunales mencionados sostienen el test vigente en los Estados Unidos pasa por una cierta incomprensión de los desarrollos más acabados del derecho continental. En efecto en *Celebici* se repasan, como quedara dicho, las soluciones de diversos sistemas jurídicos, pero se lo hace de manera muy superficial. Se habla por ejemplo en un breve párrafo del tratamiento (en materia de pena) del concurso ideal en Alemania⁸²⁶, cuando en realidad en el caso se discutía un problema de concurso aparente de leyes. Esto podría explicar por qué se optó por el test norteamericano, que en ese caso en particular (ciertamente no en otros) permitía una solución más adecuada para los imputados que la del concurso ideal⁸²⁷.

⁸²⁶ *Idem*, párr. 407.

⁸²⁷ *Idem*, párr. 423 a 426. En efecto, en *Celebici* se acabó por rechazar que los acusados fuesen culpables de los diferentes delitos basados en las mismas conductas. Se trataba allí de cuatro hechos respecto de los que se acusaba separadamente por dos delitos cada uno, constatándose en los cuatro supuestos que una de las figuras contemplaba íntegramente el injusto de la otra.

3) ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PUNICIÓN

En el punto previo, al discutirse sobre la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda en relación con el problema de la identidad de hechos a los fines concurso de delitos, quedó en buena medida establecido también el alcance del *ne bis in idem* sustantivo. En efecto, el problema del concurso es en la mayoría de los casos una cuestión de la vertiente sustancial de la garantía, en tanto se trata de supuestos en que la determinación de unidad o pluralidad de hechos está orientada a imponer una o más sanciones en un único proceso. Por supuesto que esto no quita que las elaboraciones hechas en ese ámbito no puedan ser tomadas también para los casos de procesos múltiples, de allí que se justifique su tratamiento en el punto previo, desde una perspectiva más general. Habrá que ver si los Tribunales internacionales comienzan a valerse expresamente de ese test norteamericano para la determinación de si corresponde o no una nueva persecución, pues hasta el momento los casos en que lo emplearon fueron principalmente los de concurso. En principio en Estados Unidos ese mismo test se puede utilizar tanto como sucedáneo de las reglas concursales como para cualquier otro caso en el que sea necesario determinar si se está ante los mismos hechos a los fines de la aplicación del *double jeopardy*.

Otro aspecto también vinculado con el *ne bis in idem* sustantivo es la vigencia del principio de cómputo, es decir la toma en consideración de cualquier pena previamente impuesta por los mismos hechos, a la hora de condenar nuevamente al sujeto en los casos en que ello está permitido. Los casos permitidos son, obviamente, las excepciones del inciso 2 de la disposición idéntica que consagra el *ne bis in idem* en ambos Estatutos, sobre las que se volverá luego. Ello se advierte con claridad con solo reparar en que el principio de cómputo aparece luego de las excepciones, en el inciso 3 de dicha disposición. Además la redacción del mencionado inciso 3 hace referencia a las penas impuestas por un Tribunal nacional a la misma persona y por el mismo hecho, en consonancia con las excepciones del inciso 2, que posibilitan en algunos casos la persecución por los Tribunales Interna-

cionales luego de la intervención de cortes nacionales. El descuento de la pena anterior constituye en definitiva un reaseguro mínimo de la persona que resulta dos veces perseguida por un tribunal nacional y otro internacional, en punto a que al menos no se verá dos veces castigada por el mismo hecho mediante la suma de las penas.

Alguna duda puede plantearse en punto a cómo debe interpretarse la identidad de hechos en relación con el principio de cómputo. Nótese que la configuración de los tipos penales en el derecho nacional y en el derecho internacional no suele ser idéntica, aunque cada vez más los Estados tiendan a incorporar los crímenes contra la humanidad en su derecho interno recogiendo los textos de los instrumentos internacionales pertinentes. De todos modos, puede que los tipos aplicables en uno y otro sistema tengan diferencias más o menos importantes, sobre todo si el hecho es considerado previamente como un delito común al ser enjuiciado por los tribunales locales, y es precisamente eso lo que habilita luego la persecución internacional posterior conforme la excepción del inciso 2, a) de la disposición idéntica de ambos Estatutos.

Es por eso que, en este contexto, podría resultar especialmente perjudicial para los alcances de la garantía una verificación de la identidad de hechos por medio del test que se limita a comparar las semejanzas y diferencias de las normas penales en juego. Si así se hiciera, la pena previamente impuesta por un tribunal local en función del Derecho Penal de su país no debería muchas veces ser descontada con solo establecer que la norma nacional y la internacional tienen ambas algún elemento distinto no exigido por la otra. Ello parece una solución muy discutible, que muestra una vez más las limitaciones del test elegido por los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda. Expresado de otro modo, la consagración expresa de una disposición que manda al Tribunal Internacional a descontar la pena previamente impuesta por un Estado que calificó como delito común el mismo hecho que luego se considera crimen contra la humanidad, es otra pauta sistemática contraria al test de la misma evidencia como criterio válido para

establecer la identidad de hechos en los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda.

4) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PROCESO

Además de las cuestiones más generales, comunes a todas las vertientes del *ne bis in idem*, la prohibición de doble proceso en particular implica un conjunto de problemas, entre los que se destacan, como se ha visto a lo largo de este trabajo, al menos dos clases de interrogantes.

En primer lugar, y dejando a un lado la cuestión de la litispendencia, se hace necesario determinar hasta qué punto debe haber avanzado el primer proceso ya concluido para entender que su realización impide definitivamente una nueva persecución. Esto puede tener que ver tanto la etapa o momento procesal hasta la que se llegó en el primer proceso, o bien con el tipo de resolución por la cual se puso fin a ese primer procedimiento. Lo primero conecta con el *ne bis in idem* procesal entendido como prohibición de someter al acusado a un doble riesgo. Lo segundo implica mirar la cuestión más de la perspectiva de la cosa juzgada, tratando de establecer a qué tipo de resolución conclusiva corresponde otorgarle ese efecto impositivo de procesos ulteriores.

El segundo gran problema vinculado con el *ne bis in idem* procesal pasa por establecer qué tipo de actos realizados por un órgano estatal implican ya una doble persecución a los fines de la prohibición. En este sentido es posible que se requiera únicamente la efectiva realización de actos que signifiquen el inicio de un nuevo proceso o la reapertura de uno ya definitivamente concluido, o bien que además se extienda la garantía a vedar la retrogradación de un mismo proceso a etapas cumplidas anteriormente, en especial el juicio propiamente dicho, prohibiendo cualquier mecanismo procesal que posibilite un nuevo juicio después de una sentencia absolutoria como por ejemplo los recursos de la acusación contra ellas.

Ambas cuestiones han sido en alguna medida tratadas por los Tribunales internacionales. En relación con la primera, el Tribunal para Ruanda debió resolver en el caso *Nzabirinda* si el hecho de que el fiscal retirara antes de la realización del juicio, algunos de los cargos presentados en su acusación, conllevaba un efecto de *bis in idem* que impidiese toda persecución penal al mismo sujeto y por los mismos hechos relacionados con esos cargos. Se trató entonces allí del problema procedimental de saber si el cese del primer proceso en la etapa previa al juicio propiamente dicho podía obstruir una futura persecución por los mismos hechos y al mismo sujeto. Es interesante constatar que tanto la defensa como la acusación coincidían en plantear que efectivamente debía considerarse vedada una nueva persecución respecto de los cargos contra el imputado que el fiscal había retirado⁸²⁸. Cabe hipotizar que se trataba de garantizar los términos de un acuerdo entre las partes, dado que el imputado reconoció su responsabilidad exclusivamente por los cargos que se mantuvieron. Es decir que, hasta cierto punto, el fiscal pretendía aumentar su capacidad negociación con los imputados atribuyéndose el poder de garantizar la impunidad en relación con los cargos retirados. Sin embargo el Tribunal no estuvo dispuesto a tanto, y decidió lo siguiente:

“En el presente caso, la Cámara recuerda que los cargos fueron retirados cuando la Fiscalía buscó enmendar la acusación conforme la Regla 50 del Reglamento, y que el juicio sobre el fondo aún no había comenzado. La Cámara deniega por lo tanto la moción de la Fiscalía⁸²⁹.”

Es decir que el primer proceso debe haber avanzado al menos hasta la realización del juicio sobre el fondo. En efecto, en el fallo citado se hace referencia a una resolución anterior de la Cámara de Apelaciones del mismo Tribunal que había decidido algo similar en rela-

⁸²⁸ Véase TPIR, Cámara de Juicio II, caso *Nzabirinda*, ya citado, párr. 41 a 44.

⁸²⁹ *Idem*, párr. 47.

ción con los juicios previamente llevados a cabo en algún Estado. En ese precedente, caso *Semanza*, se daba un concepto restringido del vocablo “ser juzgado” en el sentido del *ne bis in idem*, estableciéndose que:

“[E]l término ‘ser juzgado’ implica que los procedimientos en el Tribunal nacional constituyeron un juicio por los actos cubiertos por la acusación traídos en contra del acusado por ante el Tribunal, y al final del cual los Tribunales dictan su sentencia va⁸³⁰.”

Estas afirmaciones ponen de manifiesto algunas cosas. Primero, que para infringir el *ne bis in idem* no basta que el imputado haya estado simplemente sometido a un proceso anterior, cualquiera sea el momento de finalización de éste. Se requiere que haya sido propiamente juzgado, sometido a un juicio en sentido estricto.

Más aún, se está exigiendo no solo que haya habido un juicio sino también que éste haya concluido mediante una sentencia definitiva. Esto implica agregar una exigencia adicional que no es expresa en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales. La referencia a una “sentencia firme” aparece en otras disposiciones que consagran la garantía en el Derecho Internacional, como por ejemplo los tratados sobre Derechos Humanos, o la normativa de la Unión Europea antes analizada, donde sin embargo se la suele interpretar con un criterio más amplio, como quedara dicho. Volviendo a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, la referencia a la sentencia firme aparece en el *Nzabirinda*, donde el Tribunal para Ruanda afirmó:

“[E]n las particulares circunstancias de este caso, donde los cargos fueron retirados sin una sentencia definitiva, el principio de

⁸³⁰ TPIR, Cámara de Apelaciones, caso *Semanza*, n° ICTR-97-20-A, resolución de 31 de mayo de 2000, párr. 74. En el caso, se trataba de si un proceso de extradición previamente seguido contra el imputado en Camerún (a pedido de las autoridades de Ruanda) podía o no bloquear la persecución posterior por el Tribunal Internacional.

non bis in idem no se aplica y no puede ser invocado para impedir potenciales juicios subsiguientes del acusado ante cualquier otra jurisdicción⁸³¹.”

Es decir que el hecho de ser juzgado tal como lo interpreta el Tribunal no es solamente haber sido sometido a proceso sino a juicio. Más aún, se exige que el juicio haya concluído y que haya habido una sentencia definitiva sobre el fondo⁸³². Esto parece reducir las posibilidades de aplicación del *ne bis in idem* procesal. Es cierto que en la mayoría de los casos en que el juicio propiamente dicho llega a realizarse, éste concluye mediante el dictado de una sentencia, ya sea absoluta o condenatoria, pero de todos modos no parecen tomarse suficientemente en cuenta otros casos de decisión sobre el fondo que cierran el proceso antes del juicio propiamente dicho.

Por otra parte, dado que en *Nzabirinda* y *Semanza* se discutían respectivamente un caso en que el primer proceso tuvo lugar ante el Tribunal Internacional, y otro en que la primera intervención jurisdiccional fue local, parecería que la noción de “ser juzgado” tiene los mismos alcances tanto respecto del inciso 1 como del inciso 2 de la norma idéntica sobre *ne bis in idem* en ambos Estatutos. Esto podría tomarse como ejemplo de que los demás elementos configuradores del *ne bis in idem* también se pueden interpretar de manera similar en ambos casos. Es decir que, salvo las excepciones expresamente establecidas, la garantía tiene similares alcances en el inc. 1 y en el inc. 2, sin importar qué tribunal haya intervenido primero.

⁸³¹ Véase TPIR, Cámara de Juicio II, caso *Nzabirinda*, ya citado, párr. 46.

⁸³² Al mismo tiempo corresponde tomar en cuenta que el concepto de “sentencia firme” o “*final judgement*” en relación más genérica con el efecto de cosa juzgada atribuido a las resoluciones de los Tribunales Internacionales ha sido objeto de algunas decisiones poco claras por parte de los Tribunales *ad hoc*. Para un análisis más detallado de la cuestión véase THEOFANIS, Rosa, “The doctrine of Res Judicata in International Criminal Law”, en *International Criminal Law Review* 3, Koninklijke Brill NV, Países Bajos, 2003, págs. 195 a 216 (en especial págs. 204 a 207).

Por el lado del Tribunal para Yugoslavia, la cuestión había sido previamente tratada en el caso *Tadic*, que fue luego expresamente tenido en cuenta por el Tribunal para Ruanda en *Semanza*. En *Tadic* se planteó si cabía someter a proceso al imputado ante el Tribunal Penal Internacional, luego de que este fuera perseguido penalmente en Alemania por los mismos hechos cometidos en la ex Yugoslavia, sin que llegara a ser juzgado precisamente porque mientras se tramitaba su causa el fiscal ante el Tribunal Internacional solicitó a las autoridades alemanas la transferencia del caso en virtud de la primacía del órgano internacional para intervenir. A partir de este pedido, y de una ley alemana de cooperación con el Tribunal Internacional que se dictó al poco tiempo, el tribunal de ese país decidió suspender el proceso local⁸³³. La expectativa de la defensa, era que el proceso siguiera en Alemania, donde tenía mayor grado de avance.

En lo que al *ne bis in idem* concierne, el núcleo de la cuestión era la exacta interpretación de la referencia a “ser juzgado”, “*being tried*” en inglés y “*été jugé*” o “*être traduit*” que son los dos giros que se utilizan en la versión francesa. Como puede apreciarse, los vocablos franceses permitirían una interpretación más amplia de la garantía, pues incluyen tanto la idea de “ser juzgado” como la de “ser llevado ante” los tribunales. De hecho en algunas versiones castellanas no oficiales de los Estatutos se utiliza el giro “ser llevado” que puede tener una significación menos restringida que la inglesa “*to be tried*”. En el ámbito jurídico anglosajón esta última remite al juicio en sentido estricto, y no al proceso.

En este contexto, no puede extrañar que el defensor de *Tadic* solicitase que se cerrara el caso ante el Tribunal Internacional, puesto que, según su criterio, la primacía de éste no le permitía intervenir si el proceso nacional ya se había iniciado, salvo los casos de excepcio-

⁸³³ TPIY, Cámara de Juicio II, caso *Tadic*, n° IT-94-1-T, decisión acerca de la moción de la defensa sobre el principio de *non bis in idem* de 14 de noviembre de 1995, punto I (Introducción) y punto II A (Antecedentes).



nes específicas al *ne bis in idem* establecidas en el inciso 2 de la disposición idéntica de ambos Estatutos antes transcripta⁸³⁴.

No obstante, el Tribunal prefirió en *Tadic* ceñirse a un concepto muy restrictivo de “juicio”, más en línea con la versión en inglés del Estatuto. De este modo, afirmó:

“La transferencia ocurrida en este caso no genera ninguna cuestión genuina de non bis in idem de acuerdo a los términos del Estatuto, pues este principio se aplica claramente sólo en casos en los que una persona ya ha sido juzgada (. . .) Los procedimientos instituidos contra el acusado en Alemania no constituyen un juicio⁸³⁵.”

Como puede verse, el Tribunal para Yugoslavia rechaza que un proceso concluido en una investigación preliminar pueda significar “juicio” tal como esta palabra es utilizada en la disposición sobre *ne bis in idem* del Estatuto. Es cierto de todos modos que tanto el caso ahora comentado como los otros del Tribunal para Ruanda se refieren a circunstancias peculiares en las que no hubo en el primer proceso una decisión jurisdiccional sobre el fondo en la que se decidiera el cierre en una instancia previa al juicio (como podría ser un sobreseimiento por inexistencia de delito). Sin embargo las afirmaciones de ambos Tribunales Internacionales son tan terminantes en punto a que se requiere un “juicio” en sentido estricto, que no dejan tampoco mucho espacio para suponer que la solución sería diferente en otros casos.

⁸³⁴ *Ibid.* Es interesante destacar que esta idea de que la primacía o prioridad de juzgamiento del Tribunal Internacional debe restringirse a los supuestos de excepción al *ne bis in idem* cuando el proceso ya se inició efectivamente en la jurisdicción local, fue expresamente rechazada por el Tribunal en el punto III de la misma resolución como una lectura excesivamente amplia y por ello inadmisibles de la garantía que implicaría negar esa primacía. En otras palabras si una vez iniciado el proceso local el Tribunal Internacional solo puede intervenir cuando ese primer proceso persiga un delito común o sea de algún modo fraudulento, la idea de primacía perdería buena parte de su sentido.

⁸³⁵ *Idem*, punto II, B), 1, que se titula “El imputado no ha sido aún juzgado en Alemania”.

Sentado lo anterior, cabe referirse ahora al segundo gran problema vinculado con el *ne bis in idem* procesal, es decir establecer cuáles actos orientados a la persecución penal de una persona implican ya una repetición intolerable del riesgo penal. En particular, la cuestión más debatida es en qué medida el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria es compatible con el *ne bis in idem*, en tanto genera el riesgo de que el imputado ya absuelto deba someterse a un nuevo juicio. A este respecto, la letra expresa de ambos estatutos contiene una primera respuesta bastante contundente. En efecto, tanto el Estatuto del Tribunal para Yugoslavia como el Estatuto del Tribunal para Ruanda prevén en sus respectivos artículos 25 y 24 la posibilidad de recurso del fiscal contra las sentencias absolutorias de las Cámaras de Juicio. Dado que las disposiciones de los Estatutos integran todas un único cuerpo normativo, no parece que pueda cuestionarse entonces el recurso de la parte acusadora a la luz del *ne bis in idem* consagrado en el mismo instrumento.

Por otra parte, es cierto que los Tribunales Internacionales no han generado demasiada jurisprudencia vinculada con esta cuestión, sin perjuicio de que hay casos en los que, como consecuencia de apelaciones fiscales, dejaron sin efecto absoluciones de las Cámaras de Juicio. En esos casos las mismas Cámaras de Apelaciones dictaron los veredictos de culpabilidad⁸³⁶. De todos modos es interesante constatar que la cuestión fue expresamente tratada en un voto particular en la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Yugoslavia correspondiente al caso *Tadic*.⁸³⁷

Allí el juez Nieto Navia se pronunció sobre el tema, comenzando su análisis con un repaso acerca de cómo se resuelve la cuestión en los diversos sistemas jurídicos comparados. Así, sostuvo que la prohibición del recurso del fiscal como contraria al *ne bis in idem* rige

⁸³⁶ Sobre ello véase CONWAY, Gerard, “Ne bis in idem and the International Criminal Tribunals”, en *Criminal Law Forum* 14, 2003, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, págs. 363 a 369.

⁸³⁷ TPIY, Cámara de Apelaciones, caso *Tadic*, n° IT-94-1-A, sentencia de 15 de julio de 1999, págs. 146 a 149.

solamente en los países del *common law*, y que sobre esas bases es imposible afirmar que exista una práctica internacional suficientemente establecida como para darle semejante alcance a la garantía⁸³⁸. Ello parece un argumento en principio convincente desde la perspectiva de análisis propia del Derecho Internacional. Sin embargo, hubiese sido importante tomar también en consideración que el *ne bis in idem* está reconocido en varios instrumentos de Derechos Humanos, y por eso cierto alcance de la garantía puede llegar a constituir un estándar mínimo de protección ya fijado, independientemente de las regulaciones nacionales. De todos modos, como quedara de manifiesto en los capítulos IV a VI, tampoco en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ni en la jurisprudencia de sus órganos de aplicación se considera que la prohibición sea incompatible con el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria⁸³⁹.

El segundo argumento utilizado por el juez Nieto Navia es que, en los países que consideran que el recurso de la acusación contra las sentencias absolutorias constituye un *bis in idem*, la principal razón para prohibir tales recursos tiene que ver con evitar abusos de poder del Estado al realizar acusaciones sucesivas, pero esa situación no se daría en los Tribunales Internacionales que carecen de recursos propios, y en los que tanto la acusación como la defensa dependen en buena medida de la cooperación de entidades externas para plantear sus casos. Este argumento no es, sin embargo, concluyente. La situación del individuo frente al órgano internacional que persigue no excluye la posibilidad de abuso por parte de este. En realidad, tal como se viera en el capítulo II, la cuestión central en torno a este tema es saber si el recurso de la acusación contra la sentencia absolutoria genera un nuevo riesgo de condena o si se trata en realidad de un único riesgo (uno de los avatares propios dentro de un único proceso). Ahora bien,

⁸³⁸ *Idem*, Declaración del juez Nieto Navia, párr. 1 a 9.

⁸³⁹ En relación con la Convención Americana de Derechos Humanos véase capítulo IV, punto B.7. Respecto de la Convención Europea ver capítulo V, punto A.7. En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, la cuestión se trató en capítulo VI, punto A.7.

independientemente de la opinión que merezcan los argumentos utilizados por el juez Nieto Navia, queda muy claro en su voto que el recurso del fiscal se entiende como plenamente compatible con la prohibición de *bis in idem* del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

Más allá de la cuestión del recurso del Fiscal, resultan más problemáticas aún desde la perspectiva del *ne bis in idem* procesal las disposiciones de los arts. 26 y 25 de los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda respectivamente. En ellas se prevé la posibilidad de revisión de la sentencia a partir del descubrimiento de nuevos hechos que no fueran conocidos al momento en que se tramitara el procedimiento ante una Cámara de Juicio o ante la Cámara de Apelaciones, en la medida en que tales hechos pudieran haber constituido un elemento “decisivo para tomar la decisión”. La redundancia proviene de los textos originales en inglés y francés⁸⁴⁰. Obviamente la relevancia del nuevo elemento la decide el propio Tribunal, con lo cual hay en este punto una amplia discreción.

El problema principal de la reapertura mediante revisión de un caso concluido por sentencia firme es que la posibilidad de pedirla no solo se le concede al imputado para el supuesto de la sentencia incorrecta que lo perjudica (con ello mal podría decirse que se ve afectada una garantía que, como el *ne bis in idem*, se ha establecido a su favor) sino que también el Fiscal puede solicitarla. Esta cuestión podría tratarse desde la perspectiva de las excepciones a la garantía, si no fuera porque en ambos Estatutos la revisión se regula sin ninguna referencia expresa a su carácter excepcional. Si a lo dicho se suma que los crímenes sobre los que tienen competencia ambos tribunales se consideran imprescriptibles, se obtiene como resultado que las personas que afrontan procesos ante ellos deben soportar indefinidamente una latente posibilidad de reapertura para agravar su situación si fueron condenadas o para condenarlas si fueron absueltas.

⁸⁴⁰ En inglés el giro utilizado es “*a decisive factor in reaching the decision*” en francés se habla de “*un élément décisif de la décision*”.

Se trata pues de una limitación muy llamativa a la fuerza de cosa juzgada de las resoluciones de los Tribunales Internacionales y de un sometimiento del acusado a la posibilidad de una renovación sin límites precisos del riesgo de condena. La eliminación de la revisión por pedido del fiscal en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente significa sin dudas un avance positivo para la vigencia de estos aspectos del *ne bis in idem* en el Derecho Penal Internacional.

5) LAS EXCEPCIONES A LA GARANTÍA

Como ya se adelantara a lo largo de este desarrollo, las disposiciones pertinentes de los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda contienen un par de excepciones a la aplicación de la garantía. Estas excepciones rigen únicamente para la aplicación internacional de ella, y solamente en un sentido. Es decir que únicamente se regulan excepciones al *ne bis in idem* cuando la primera persecución se llevó a cabo ante un tribunal local, y a los efectos de posibilitar la posterior intervención del Tribunal Internacional. En cambio no hay una excepción inversa. La intervención previa del Tribunal Internacional bloquea toda posibilidad de persecución posterior siempre que, como quedara dicho, éste haya llegado a juzgar efectivamente a la persona. Ello parece bastante obvio tomando en cuenta que las excepciones consagradas implican una cierta crítica al modo en que tramitó el primer proceso, y el Estatuto dispone de otros mecanismos menos gravosos para el imputado para resolver dentro del mismo proceso internacional los defectos de éste. En definitiva, las disposiciones idénticas de lo Estatutos establecen en su inciso 2 que los Tribunales Internacionales pueden juzgar por segunda vez a una persona luego de un proceso llevado adelante ante un tribunal nacional por los mismos hechos siempre que:

“a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o



b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.”

La excepción de delito ordinario es una particularidad de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* que no se repite en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente. Ella ha sido interpretada de dos maneras por la doctrina. Algunos entienden que la referencia a delito común significa que el tribunal local le haya dado a la conducta del imputado un tratamiento muy benigno, no acorde con su importancia, por ejemplo tratar un homicidio como un delito menor en lugar de un delito grave⁸⁴¹. Esto implicaría casi una equiparación de la primera excepción con las restantes, como si fuese un supuesto de persecución fraudulenta. Pero semejante interpretación resulta dudosa, pues equivaldría a considerar superflua su consagración expresa por separado. Es por eso que parece más razonable entender que la excepción opera cuando en el primer proceso ante una tribunal nacional la conducta fue tratada como un delito común (grave o leve según corresponda) sin tomar en consideración su específico carácter de crimen del derecho internacional en cuya persecución está comprometida la comunidad internacional por haberse afectado a la humanidad⁸⁴². Esta diversa consideración podría conectarse con la necesidad de una valoración integral, y con el problema de la identidad de fundamentos, en la medida en que se entienda que la punición de la conducta como delito común no satisface suficientemente la necesidad de punición de

⁸⁴¹ Así por ejemplo DE THAN, Claire y SHORTS, Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londres 2003, pág 6.

⁸⁴² Entre todos véase CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, ya citado, pág. 321. Este autor interpreta la excepción como una diferente caracterización del hecho como delito común en vez de delito internacional. Por ejemplo para él caracterizar cierta muerte intencional de una persona como un delito común sería considerarla homicidio, cuando desde la perspectiva internacional tal vez se esté ante un genocidio. De todos modos vincula ambas excepciones al considerar que el tratamiento de un crimen contra la humanidad como delito común tiene que ver con evitar deliberadamente las consecuencias propias de los crímenes internacionales.

los crímenes contra la humanidad. Sin embargo, como la punición del crimen internacional sí puede llegar a satisfacer la necesidad de los Estados de castigar el delito común subyacente, aparece como adecuada desde la perspectiva del *ne bis in idem* sustantivo la limitación impuesta por el principio de cómputo del inciso 3. De todos modos ello debería depender de una determinación en concreto de cada una de las sanciones impuestas en las diferentes sedes y de las finalidades perseguidas por ellas, pues sería posible imaginar casos en los que haya una plena diversidad de fundamentos y se justifique la imposición de dos sanciones distintas⁸⁴³.

Resta considerar un problema en relación con esta excepción y los casos en que el sujeto resulta absuelto ante el tribunal nacional. Si se parte de la base de que el primer proceso nacional no fue fraudulento (si lo fuera entraría a jugar la segunda excepción), no parece tener demasiado sentido que el Tribunal Internacional pueda intervenir en segundo término aunque el hecho haya sido considerado como delito común. En efecto, si un imputado sufrió un auténtico riesgo de ser condenado ante un Tribunal Nacional por un cierto delito, por ejemplo homicidio, resulta muy discutible que deba sometérselo a un segundo proceso por genocidio basado en esa misma muerte.

La objeción antes enunciada depende en buena medida del motivo por el cuál se haya dictado la absolución en el primer proceso nacional. Si se trató de una negación de la autoría o participación del acusado en la muerte acaecida, no se entiende por qué deba realizarse un segundo proceso que claramente afecta la vertiente procesal de la garantía en estudio tanto en su manifestación de doble riesgo como

⁸⁴³ Sería absurdo por ejemplo que el proceso posterior ante el Tribunal Internacional dejara sin efecto una sanción de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos que impuso el Estado que intervino en primer lugar pero que trató al hecho como delito común. Podría plantearse inclusive la necesidad de una intervención posterior del Estado Nacional para imponer una sanción de este tipo que no haya sido considerada por el órgano internacional. Claro está que el problema es bastante hipotético, pues difícilmente una persona condenada por un Tribunal Internacional por cometer delitos contra la humanidad esté en condiciones de asumir luego un cargo público en el país en que cometió esos hechos.

desde la perspectiva de la cosa juzgada. Además, no habría aquí una falta de respeto a la exigencia de valoración integral que amerite la intervención posterior, en la medida en que no habría, en relación con ese autor en concreto, ningún hecho que valorar íntegramente.

Claro está que la absolución podría deberse a la duda sobre la autoría, por falta de pruebas que luego son halladas. En este caso se estaría ante una absolución errónea, que plantearía un conflicto entre la vigencia de la prohibición de doble riesgo y cosa juzgada por un lado, y la exigencia de una valoración integral del crimen internacional por otro. No estando expresamente establecida una excepción de “absolución errónea” no parece que quepa en este caso una segunda persecución del Tribunal Internacional

Si se trata en cambio de una absolución basada en alguna cuestión jurídica concreta vinculada con la interpretación del específico tipo penal nacional, la excepción de consideración del hecho como “delito común” sí podría mantenerse operativa.

La segunda excepción tiene más claramente un sentido crítico de los procesos penales nacionales que puedan haberse realizado antes, en la medida en que ellos hayan estado orientados a proteger al acusado de la sanción penal más que a imponerla. Sin embargo, los distintos supuestos que se plantean en esta segunda excepción no son idénticos, y podrían tener alcances diversos. Tal como se planteara en el capítulo IV, al analizar el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos recoge estas mismas excepciones al *ne bis in idem*, no es lo mismo que el tribunal nacional haya buscado deliberadamente proteger al acusado (caso de fraude), o que haya carecido de independencia o imparcialidad, o que haya sido poco diligente⁸⁴⁴.

El supuesto de proceso fraguado es claramente una excepción razonable, y aún se podría discutir si es una auténtica excepción. En efecto, si el primer proceso no significó un auténtico riesgo para el imputado, quizás ni siquiera pueda decirse que el segundo constituya un *double jeopardy*.

⁸⁴⁴ Ver capítulo IV, punto C.1.

En cuanto a la falta de independencia e imparcialidad, parece claro que si esto se interpreta dentro de la lógica del fraude para proteger al acusado, quedarían abarcados únicamente los casos en que esos déficits operaran a favor de aquel, disminuyendo el riesgo de condena. Sin embargo, dado que la redacción del texto admite también que se lo entienda como una alternativa distinta, cabría la posibilidad de interpretar que la falta de independencia e imparcialidad tienen relevancia también cuando perjudicaron al acusado, por ejemplo porque la persecución local se realizó luego de un cambio de régimen. ¿Podría entonces el condenado ante un tribunal nacional plantear la excepción a su favor para ser juzgado de nuevo por el Tribunal Internacional? En el ámbito concreto de actuación de los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda es altamente improbable que la situación pueda configurarse actualmente, dada la primacía de actuación de estos para los hechos que caen bajo su competencia. Tal primacía ha llevado a que en general los casos se juzguen directamente en (o bien se remitan al) Tribunal Internacional. De todos modos es interesante constatar que en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente la excepción de falta de independencia e imparcialidad del art. 20, inc. 3, sub-inc. b), opera únicamente si al mismo tiempo el procedimiento es conducido de manera inconsistente con la intención de someter al acusado a la justicia⁸⁴⁵. Esto marcaría una pauta en el sentido de que, en el Derecho Penal Internacional actual, la intervención de los Tribunales Internacionales no constituye un mecanismo de control de los procesos internos orientado a resguardar las garantías de los acusados, sino que más bien están erigidos para garantizar la persecución y sanción de los crímenes contra la humanidad. Los mecanismos específicos de protección de los derechos de los acusados son los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos.

En estrecha conexión con lo anterior resta considerar el supuesto de falta de diligencia. La sola lectura de este supuesto también podría hacer pensar que cualquier déficit en el modo en que se condu-

⁸⁴⁵ Si bien esto no resulta del todo claro en la versión castellana, tal conclusión se impone como se verá luego.

jo el proceso nacional habilitaría la actuación del Tribunal Internacional. Sin embargo, por las razones ya expuestas, parecería que solo es relevante la falta de diligencia que favoreció al acusado.

Ahora bien, si tal falta de diligencia implica que el proceso nacional continúa en trámite, los Tribunales *ad hoc* podrían intervenir sin problemas puesto que, según su propia jurisprudencia antes analizada, lo único que impide su actuación es un juicio previo concluido por sentencia firme. Siendo ello así, sólo cabe considerar que la excepción opera como tal luego de una sentencia de un tribunal nacional. ¿A qué hace referencia entonces la mentada falta de diligencia? Una posibilidad sería que la constatación de cualquier déficit en el trámite del proceso, y en la consecuente punición adecuada del hecho, habilite un segundo proceso internacional. Sin embargo, la referencia a que la causa no haya tramitado con la “diligencia necesaria” supone obviamente que alguien no fue diligente. Es decir que resulta indispensable un análisis acerca de la actuación de los órganos que intervinieron en el proceso local. Cabe resaltar que el texto de los Estatutos no se circunscribe a este respecto al órgano jurisdiccional⁸⁴⁶, la falta de diligencia podría provenir también entonces del órgano de la acusación.

Sea como fuere, si todos los órganos nacionales se hubieran conducido conforme las posibilidades que tenían al momento de llevar adelante el primer proceso, no cabría aplicar la excepción aunque luego se obtuvieran nuevas pruebas acerca de la culpabilidad del acusado que de ningún modo estaban disponibles antes. Falta de diligencia no es sinónimo de decisión errónea, pues los órganos de persecución penal pueden no llegar al descubrimiento de la verdad aún comportándose de manera ejemplar⁸⁴⁷. Como ya se dijera, no existe en los estatutos

⁸⁴⁶ En efecto, tanto en los textos castellano, como el inglés y el francés la falta de imparcialidad, o el proceso orientado a proteger al acusado se hace una referencia al Tribunal (un poco menos clara en el segundo supuesto). En cambio respecto de la falta de diligencia se habla más genéricamente de que “la causa no se tramitó con la diligencia necesaria”, “*the case was not diligently prosecuted*”, o “*la poursuite n’a pas été exercée avec diligence*”.

⁸⁴⁷ En este sentido, cuando la Comisión de Derecho Internacional se planteaba trasladar esta excepción al Estatuto del Tribunal Internacional Permanente (co-



una excepción de “absolución errónea”, y parece demasiado exigirle a los Estados que violenten la prohibición de *bis in idem* interno reabriendo las causas en estos supuestos⁸⁴⁸.

También se podría plantear el caso en el que es el propio imputado el que manipula el primer proceso de modo tal que resulta absuelto. Si sus maniobras fueran en connivencia con un órgano estatal, o no pudieran ser descubiertas por la actividad poco diligente de éstos, claramente se aplicaría la excepción. En cambio si sus maniobras fueron capaces de engañar a los órganos nacionales que operaron diligentemente, la situación no aparece contemplada expresamente como excepción. Cabe pensar que un caso de fraude de este tenor podría de todos modos hallar solución ante el órgano local correspondiente, mediante la reapertura del proceso fraudulentamente concluido. Y si una vez constatadas las maniobras del acusado, el órgano local no estuviera dispuesto a reabrir la causa, ello podría considerarse entonces protección del acusado o falta de diligencia y tornar viable por tanto la persecución ante el órgano internacional por vía de la excepción comentada.

Al margen de las alternativas y objeciones expuestas es necesario poner de resalto que los órganos habilitados por los Estatutos para evaluar si hay o no parcialidad, protección del acusado o falta de di-

sa que finalmente no ocurrió) llegó a decir lo siguiente: “La Comisión adoptó las palabras ‘el caso no fue perseguido con diligencia’ en la inteligencia de que no se tiene la intención de aplicarlas a meras omisiones o errores en la primera persecución sino a una falta de diligencia de tal intensidad que constituya una maniobra para proteger al acusado de su verdadera responsabilidad por los actos en cuestión.” Véase Documentos de la ONU A/49/10, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session”, pág. 58.

⁸⁴⁸ Salvo, claro está, que se siga en este punto a la Corte Interamericana, para quien frente a crímenes naturaleza directamente cae la protección del *ne bis in idem* cuando aparecen nuevas pruebas. Véase en efecto Corte IDH, Serie C, n° 154, caso *Almonacid Arellano*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 154. De este modo, si se considera que en cualquier caso de error cede la protección de *bis in idem* interno, el tribunal nacional estaría obligado a reabrir la causa. Si no lo hiciera estaría siendo poco diligente y por lo tanto cabría la nueva persecución por el Tribunal Internacional.

ligencia son los mismos Tribunales Internacionales, con lo cual las posibilidades de segunda persecución aparecen como bastante discretionales para ellos. En particular, el caso de falta de diligencia permitiría, dada la amplitud de éste concepto, que la decisión de iniciar o no una nueva persecución dependa de si el Tribunal Internacional discrepa o no con el local aunque ello sea, como quedara dicho, cuestionable.

Finalmente, dado que la decisión acerca de las excepciones mencionadas implica una cierta toma de posición acerca de que se favoreció con parcialidad, se protegió, o bien se acusó o se juzgó sin la necesaria diligencia a un eventual responsable, los Tribunales Internacionales deberían ser muy cuidadosos en punto a evitar que la decisión a este respecto no contamine luego la resolución definitiva del caso.

C) LAS DISPOSICIONES DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

1) PANORAMA GENERAL

Como es bien sabido, los primeros antecedentes hacia la creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente datan de mediados del siglo XX⁸⁴⁹. En aquel entonces, la Asamblea General de la ONU emitió la resolución 260 de 9 de diciembre de 1948, en la cual se invitaba a la Comisión de Derecho Internacional a “estudiar la conveniencia y la posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para juzgar a las personas acusadas de genocidio”. Esa invitación debe leerse en conjunto con la Convención para la Prevención y San-

⁸⁴⁹ Para un buen resumen de la evolución que llevó finalmente a la aprobación del Estatuto véase el sitio en internet del Tribunal Penal Internacional Permanente <http://www.un.org/law/icc/general/overview.htm> consultado el 20 de noviembre de 2007.

ción del Delito de Genocidio surgida por entonces, en cuyo art. VI se dispone que los acusados de tal delito “deberán ser juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio se haya cometido el acto, **o por aquel tribunal penal internacional que tenga jurisdicción**”. (sin destacado en el original).

Dado que la Comisión respondió que efectivamente un Tribunal así era posible y conveniente, la Asamblea General creó un comité para preparar los correspondientes proyectos. De este modo el comité en cuestión preparó un primer proyecto de estatuto en 1951, luego revisado en 1953. Sin embargo, la Asamblea decidió posponer la consideración de dicho proyecto porque surgieron debates en torno a cuáles conductas debían definirse como crímenes bajo la competencia del Tribunal. En particular, la creación del Tribunal se pospuso hasta tanto estuviese suficientemente definido el concepto de crimen de agresión, que era el que más problemas presentaba.

Pese a esa primera postergación, el tema fue tratado periódicamente por las Naciones Unidas. Así por ejemplo, en diciembre de 1989 y a pedido de Trinidad y Tobago, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que reanudara sus trabajos sobre un Tribunal Penal Internacional que incluyera en su competencia el tráfico de drogas.

Luego, en 1993, con los graves problemas surgidos en la ex Yugoslavia, el Consejo de Seguridad creó, como se dijera en el punto previo, el Tribunal *ad hoc* para juzgar los crímenes allí cometidos. Casi al mismo tiempo, la Comisión de Derecho Internacional concluyó su proyecto de Estatuto de Tribunal Penal Internacional Permanente, y lo remitió para su tratamiento por la Asamblea General en 1994. La Asamblea creó entonces el Comité Ad Hoc para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional que se reunió en 1995. Ese Comité emitió un primer informe que llevó a la Asamblea General a crear un segundo Comité Preparatorio para redactar en definitiva el proyecto de texto a ser luego sometido a la conferencia diplomática. Este tramo de preparación duró entre 1996 y 1998, cuando se completó el proyecto de Estatuto.



Así se llegó a que, en su quincuagésimo segunda sesión, la Asamblea General decidiera convocar a una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para el Establecimiento de un Tribunal Penal. Esa conferencia tuvo lugar en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, cuando finalmente se concluyó y adoptó la Convención acerca de el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional. Finalmente, al ser ratificado el Convenio por sesenta Estados en 2002, el Estatuto entró en vigencia.

Tal como quedó finalmente redactado, el Estatuto consagra el *ne bis in idem* en los siguientes términos:

“Artículo 20

Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

Se trata, como es posible apreciar de una disposición de cierta extensión, que consta de tres incisos. En el primero se establece un *ne bis in idem* interno, los dos restantes son manifestaciones internacionales de la garantía. En efecto, el primero establece que la intervención previa del Tribunal obstaculiza su actuación posterior contra el mismo sujeto por los mismos hechos. El segundo prohíbe la intervención de cualquier otro tribunal contra el mismo sujeto y por los mismos hechos, luego de que el Tribunal Penal Internacional permanente hubiera decidido el caso. El tercero, regula a su vez la posibilidad de intervención del Tribunal Internacional luego de que un caso fuera tramitado por un órgano jurisdiccional distinto. A diferencia de lo que ocurre con los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, las dos manifestaciones internacionales del *ne bis in idem* del Estatuto de Roma no se circunscriben a los casos de intervención posterior o previa de tribunales nacionales, sino que se habla en términos más generales de cualquier otro Tribunal. Si bien seguramente la cuestión del *ne bis in idem* se plantee más habitualmente en relación con tribunales locales, con esto se extiende también la garantía a los casos en que haya intervenido o pueda intervenir un órgano internacional como por ejemplo los mencionados tribunales *ad hoc*, u otros órganos internacionales que se puedan crear en el futuro⁸⁵⁰.

Otro aspecto hay que tener en cuenta es que si bien la rúbrica de la versión castellana del art. 20 del Estatuto de Roma habla de “cosa juzgada”, tanto el texto en inglés como el texto en francés mencionan expresamente el *ne bis in idem*, que es en efecto el objeto de la regulación según se constata con la simple lectura del art. en cuestión. No se entiende bien entonces el por qué de esa traducción, puesto que la frase latina es ampliamente conocida tanto en España como en Hispanoamérica.

⁸⁵⁰ Claro está que uno de los motivos para la creación del Tribunal Penal Internacional Permanente ha sido precisamente evitar la creación de otros órganos jurisdiccionales penales en el ámbito de la ONU. Sobre todo tomando en cuenta que los Tribunales *ad hoc* plantean problemas en orden a su legitimidad. Pero no se puede descartar la eventual aparición de Tribunales Penales regionales.

Una tercera cuestión para destacar es el hecho de que el *ne bis in idem* del Estatuto de Roma aparece en la Parte II, sobre competencia, admisibilidad y derecho aplicable (arts. 5 a 21) en vez de en la Parte III sobre principios generales de Derecho Penal (arts. 22 a 33)⁸⁵¹. Esto no implica que la garantía no sea un principio jurídico penal. Su ubicación refleja más bien el hecho de que ella está muy vinculada con otras disposiciones sobre admisibilidad del mismo Estatuto, de modo tal que es vista más como un obstáculo procesal a la jurisdicción del Tribunal que como un supuesto de exclusión de la responsabilidad penal de los establecidos en la Parte III⁸⁵². Esta cuestión está muy relacionada su vez con el hecho de que el *ne bis in idem* del Estatuto de Roma puede ser entendido como una manifestación del tema de la complementariedad de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional respecto de las jurisdicciones penales nacionales. Si en los supuestos de concurrencia de jurisdicción entre los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda y los Estados nacionales se ha optado por dar primacía a los órganos internacionales, en el Estatuto de Roma se ha dispuesto en cambio que la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional sea complementaria⁸⁵³. En este contexto, la redacción del art. 20 del Estatuto de Roma guarda un importante paralelismo con el artículo 17 que se refiere al tema de la admisibilidad⁸⁵⁴. En su momento esta

⁸⁵¹ Sobre esto véase KITTICHAISAREE, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pág. 291.

⁸⁵² CONWAY, Gerard, “Ne bis in idem and the International Criminal Tribunals” ya citado, pág. 354.

⁸⁵³ La complementariedad viene resaltada ya desde el preámbulo del Estatuto en cuyo párrafo décimo se declara “que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.” En refuerzo de ello, en el art. 1 se dispone: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto **y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.**” (sin negrita en el original)

⁸⁵⁴ En efecto el art. 17, con referencia expresa a las disposiciones sobre complementariedad citadas en la nota precedente, establece:

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

complementariedad fue entendida como una limitación indispensable de las atribuciones del Tribunal Penal Internacional de modo que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar la restricción de su soberanía en el ejercicio de la potestad penal que implica la adhesión al Estatuto. De este modo, y como se verá luego con más detalle al verificar el alcance del *ne bis in idem* procesal, el Tribunal Penal Internacional Permanente únicamente puede ejercer su jurisdicción cuando los órganos nacionales no han intervenido en absoluto, o habiendo interve-

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.



nido decidieron no perseguir en la medida que tal decisión derive de la imposibilidad o la falta de interés en llevar adelante el proceso penal⁸⁵⁵.

Hay además un segundo *ne bis in idem* que vincula al Tribunal Penal Internacional Permanente para los casos relativos a delitos contra la administración de justicia consagrados en el art. 70 del Estatuto de Roma. Esta última disposición, además de describir las conductas típicas y fijar las penas aplicables a su comisión dolosa, señala que esas infracciones también quedan dentro de la competencia de la Corte⁸⁵⁶. Por lo tanto resulta razonable que se prohíba la doble persecu-

⁸⁵⁵ Sobre la incidencia de la complementariedad en el *ne bis in idem* del Estatuto véase entre otros HELLER, Kevin J., “The shadow side of complementarity: The effect of article 17 of the Rome Statute on national due process”, en *Criminal Law Forum*, T. 17, Springer, 2006, págs. 268 y 269. Por lo demás, en el último proyecto que sirvió de base al Estatuto en su forma actual, el *ne bis in idem* estaba en el art. 18, y en la nota 58 al inc. 3 de ese art. sobre prohibición de actuación del Tribunal Internacional luego de la intervención una jurisdicción nacional se lee: “Tal vez sea necesario un nuevo examen a la luz del texto definitivo del artículo 15.” El art. 15 del proyecto era precisamente el que regulaba las cuestiones de admisibilidad en relación con la complementariedad. Vale decir que para los redactores del proyecto ya era evidente la estrecha relación entre *ne bis in idem* y complementariedad. Véase en este sentido Documentos de la ONU A/CONF.183/2/Add.1, “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional”, pág. 45.

⁸⁵⁶ En dicha disposición se lee:

“Artículo 70

Delitos contra la administración de justicia

1. La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la administración de justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente:

- a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 69;
- b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
- c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;
- d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;
- e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario; y

ción y sanción de ellas por parte del Tribunal. Ahora bien, como el art. 20 se refiere únicamente a los crímenes contra la humanidad, la cuestión debió ser salvada en el Reglamento del Tribunal Penal Internacional, cuya Regla 168 dispone:

“Ne bis in idem

Respecto de los delitos del artículo 70, ninguna persona será juzgada ante la Corte en razón de conductas constitutivas de delitos por los cuales la persona ya hubiere sido condenada o absuelta por la Corte o por otro tribunal.”

Corresponde a continuación desarrollar con algo más de detalle los problemas que las diferentes fórmulas sobre *ne bis in idem* antes transcriptas generan. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que los desarrollos son en buena medida hipotéticos, derivados exclusivamente del análisis de los textos, de las discusiones de los proyectos que les dieron origen y en alguna medida de su comparación con lo decidido por los Tribunales *ad hoc* cuya jurisprudencia será presumiblemente tomada en cuenta por la corte permanente.

f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales.

2. Las Reglas de Procedimiento y Prueba establecerán los principios y procedimientos que regulen el ejercicio por la Corte de su competencia sobre los delitos a que se hace referencia en el presente artículo. Las condiciones de la cooperación internacional con la Corte respecto de las actuaciones que realice de conformidad con el presente artículo se regirán por el derecho interno del Estado requerido.

3. En caso de decisión condenatoria, la Corte podrá imponer una pena de reclusión no superior a cinco años o una multa, o ambas penas, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

4. a) Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales;

b) A solicitud de la Corte, el Estado Parte, siempre que lo considere apropiado, someterá el asunto a sus autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento. Esas autoridades conocerán de tales asuntos con diligencia y asignarán medios suficientes para que las causas se sustancien en forma eficaz.”

2) ¿HECHOS O DELITOS?

De la sola lectura del art. 20 sobre *ne bis in idem* se desprende que no hay una única consideración de la identidad de hecho como presupuesto para la aplicación de la garantía. Se detectan allí diversas referencias a “conducta” a “crimen” y a “hecho”, en las tres variantes de la garantía que la disposición en cuestión consagra.

En la primera variante, es decir el *ne bis in idem* interno que veda una doble actuación del propio Tribunal Internacional, como así también en el supuesto del art. 168 del Reglamento para los delitos contra la administración de justicia, el énfasis está en la “conductas”. En el caso del art. 20 se habla de conductas constitutivas de crímenes mencionados en el art. 5. Este último, el que define cuáles son los crímenes contra la humanidad de competencia del Tribunal. De este modo, si el mismo órgano ya tomó una decisión respecto de una conducta en relación con el art. 5, parecería que no podría volver a considerar la misma conducta del sujeto en función de otro de los crímenes allí mencionados. Es decir que no podría perseguir nuevamente a un imputado bajo una calificación jurídica distinta que no haya sido tomada en consideración en una decisión anterior que hubiera versado sobre la misma base fáctica⁸⁵⁷. Si se fuera coherente con el giro empleado, esto debería evitar también que se utilizara el famoso test de la misma evidencia del que se valen los Tribunales *ad hoc* para los casos de concurso. De todos modos es necesario tomar en cuenta que el art. 78 del Estatuto, que trata sobre la imposición de la pena, establece que en caso de que una persona sea declarada culpable de más de un crimen la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. Es decir que no hay una distinción entre los supuestos de concurso ideal y concurso real en el tratamiento punitivo.

En cuanto al art. 168 del Reglamento, se puede llegar a conclusiones análogas. Allí se habla de conductas constitutivas de delitos y no di-

⁸⁵⁷ En igual sentido véase CONWAY, Gerard, “Ne bis in idem and the International Criminal Tribunals”, ya citado, pág. 359.



rectamente de delitos. Si bien hay una evidente alusión a los delitos contra la administración de justicia parecería que el punto de partida no es la calificación sino el obrar.

En lo que hace a la variante del *ne bis in idem* del Estatuto de Roma que veda la intervención de un órgano estatal luego de la actuación del Tribunal Internacional, parecería que la calificación jurídica tiene mucha más relevancia. En efecto, en el inc. 2 del art. 20 del Estatuto se habla directamente de los crímenes del art. 5, sin referencia alguna al hecho o a la conducta. De este modo cabe pensar que si un Estado tipifica de manera distinta una cierta conducta ya juzgada por el Tribunal, estaría habilitado a perseguir al mismo sujeto por los mismos hechos. Claro está que esa diversa tipificación requerirá del desarrollo de algún análisis comparativo entre la norma internacional y la local, puesto que no podría tomarse como “otro delito” la sola existencia de ambas, ya que ello equivaldría a quitarle toda operatividad a la prohibición establecida. Existe entre los antecedentes del Estatuto una explicación que podría de todos modos traer luz sobre los verdaderos alcances esta forma de construir la prohibición, limitando la posibilidad de doble persecución únicamente a los casos de absolución por el Tribunal Internacional, cuando éste hubiera considerado que el hecho probado no constituye un crimen de su competencia por faltarle algún elemento, aunque de todos modos pudiera constituir un delito para la jurisdicción local⁸⁵⁸. Sobre ello se volverá luego al analizar el alcance del *ne bis in idem* procesal en el Estatuto. De todos modos, al tratarse el proyecto definitivo del Estatuto, la cuestión se presentaba como dudosa y se optó igualmente por la redacción actual del inc. 2⁸⁵⁹.

Por último, la referencia a “hechos” en lo que hace a la prohibición de actuación del Tribunal Internacional luego de que el sujeto

⁸⁵⁸ Documentos de la ONU, A/49/10, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session”, pág. 57.

⁸⁵⁹ Documentos de la ONU A/CONF.183/2/Add.1, “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional”, pág. 45. Allí, en la nota 57 se lee: “Se señaló que habría que seguir examinando si este párrafo debe ser aplicable a los **hechos** que constituyan un crimen o a un concepto similar.” (sin negrita en el original)

fuera sometido a proceso por algún Estado (art. 20 inc. 3 del Estatuto), implica una consideración de la garantía que tiene claramente un punto de partida fáctico. Esto impide la intervención del Tribunal sobre la base de simples diferencias en la tipificación del crimen del Estatuto y la norma estatal previamente aplicada (salvo las excepciones expresamente establecidas). Sin embargo, se requerirán de todos modos unos ciertos criterios normativos de determinación si es que se quiere impedir el riesgo de que una segmentación temporal y espacial excesivas en la consideración de lo que son “mismos hechos” lleve en la práctica a persecuciones múltiples ilegítimas.

Hay que tener en cuenta también que el inc. 3 del art. 20 del Estatuto de Roma es en el que de manera más patente aparece la conexión entre *ne bis in idem* y complementariedad. En consecuencia, esta disposición debe leerse hasta cierto punto en conjunto con el art. 17. En este último artículo, inc. 1, sub incs. a) y b) se habla también de la imposibilidad de intervención del Tribunal Internacional en relación con el “asunto objeto de una investigación” (*case being investigated* en inglés o *l'affaire fait l'objet d'une enquête* en francés). También en el mismo inc. 1, sub inc. c) se hace referencia a la imposibilidad de actuación del Tribunal luego de un juicio en sede nacional por la misma “conducta a que se refiere la denuncia” internacional (*conduct which is the subject of the complaint* en inglés o *le comportement faisant l'objet de la plainte* en francés). Tenemos aquí entonces una referencia evidente a la identidad del objeto procesal, con total independencia de la calificación jurídica. En especial el sub-inciso c) merece ser destacado por cuanto allí hay una remisión expresa al art. 20 inc. 3.

La única excepción al enfoque más fáctico del art. 20 inc. 3 parecen ser los hechos constitutivos del crimen de agresión. En efecto, en las restantes disposiciones de este art. 20 se habla genéricamente del art. 5, que remite a todo el espectro de competencia del Tribunal, en cambio en este último inciso se habla sí de las conductas pero en referencia a los arts. 6, 7 u 8 del Estatuto, que definen con más precisión todos los crímenes del art. 5 con la sola excepción de la agresión. Está es una de las diferencias más notables entre el art. 20 del Estatuto

y el art. 18 del proyecto que le diera origen, que también se refería genéricamente al art. 5⁸⁶⁰. Sin embargo la explicación más plausible a este respecto es que el crimen de agresión se considera como uno de jurisdicción internacional prevaleciente, puesto que se entiende que su persecución por autoridades estatales pondría en peligro la paz y seguridad entre las naciones⁸⁶¹. Es decir que en este ámbito existiría una excepción a la lógica de la complementariedad no muy explicitada en el Estatuto. Respecto de estos delitos interesa que se pronuncie un Tribunal Internacional y se espera en principio que los tribunales nacionales se abstengan de actuar. De allí que, aún cuando hubiera actuación previa de un tribunal local, se permite de todos modos la actuación del Tribunal Penal Internacional. Esta situación, claro está,

⁸⁶⁰ Documentos de la ONU A/CONF.183/2/Add.1, “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional”, pág. 45.

⁸⁶¹ Si bien en el Estatuto de Roma no se alcanzó consenso suficiente para definir exactamente el crimen de agresión, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU viene trabajando desde hace tiempo sobre un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que se desarrolló en paralelo con los proyectos del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. En el mencionado proyecto de Código se trabaja tanto el crimen de agresión como la jurisdicción exclusiva a su respecto. En este sentido la Comisión ha expresado de manera muy clara:

“Este principio de jurisdicción exclusiva es el resultado del carácter único del crimen de agresión en el sentido de que la responsabilidad de un individuo por su participación en este crimen es establecida por su participación en una violación suficientemente seria de la prohibición de ciertas conductas de los Estados contenida en el Artículo 2, parágrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas. La agresión atribuida a un Estado es una condición *sine qua non* para la responsabilidad de un individuo por su participación en el crimen de agresión.

Un individuo no puede incurrir en responsabilidad por este delito en ausencia de una agresión cometida por el Estado. Por lo tanto, un tribunal no puede determinar la cuestión de la responsabilidad penal individual por este delito sin considerar como cuestión preliminar si hubo agresión por el Estado. La determinación por un tribunal nacional de un estado de la cuestión de si otro Estado a cometido agresión sería contraria al principio fundamental del Derecho Internacional *par in parent imperium non habet*. Más aún, el ejercicio de jurisdicción por el tribunal nacional de un Estado que incluye la consideración de si se cometió agresión por otro Estado tendría serias implicaciones para las relaciones internacionales y la paz y seguridad internacionales.” Véase Documentos de la ONU, A/51/10, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session”, pág. 30.

podría resultar muy perjudicial para la persona doblemente enjuiciada, cuya posición (riesgo efectivo previo de condena y males soportados) no se toma para nada en cuenta. En realidad más que de una excepción a la identidad de hechos se trataría de una verdadera excepción a la aplicación de la garantía en general, en todas sus vertientes⁸⁶².

3) ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PUNICIÓN

Como se dijera reiteradas veces a lo largo de este trabajo, evaluar específicamente el alcance del *ne bis in idem* sustantivo implica ver en qué medida el Estatuto permite o prohíbe el doble castigo a una misma persona por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento.

En este sentido, tanto la Regla 168 del Reglamento del Tribunal Penal internacional como el art. 20 del Estatuto de Roma establecen que la garantía protege a quien fuera previamente “condenado o absuelto” (*convicted or acquitted* en inglés y *condamné ou acquitté* en francés). Si bien no hay referencia expresa a que se prohíbe “castigar” dos veces, pocas dudas pueden haber en punto a que la referencia a la condena previa es un modo indirecto de aludir a la vertiente sustantiva que se encuentra entonces así reconocida. Claro está que la identidad de hecho o de delito como presupuesto de la garantía tiene en esto una incidencia importante. En la medida en que el énfasis esté en el delito, será eventualmente posible un doble castigo por los mismos hechos. Esto se advierte sobre todo en relación con los inc. 2 del art. 20 y con el inc. 3 en relación con el crimen de agresión. Lo mismo cabe consi-

⁸⁶² *Ibid.* En efecto, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU llega a decir en el mismo documento y página citados en nota previa que la situación del crimen de agresión frente al *ne bis in idem* queda cubierta por la excepción según la cual el Tribunal Internacional puede intervenir después de la jurisdicción local cuando esta trató al hecho como un delito común y no como un crimen internacional. Habiendo desaparecido esa excepción del Estatuto de Roma, se explicaría mejor por qué se dejó en cambio a salvo la posibilidad de intervención posterior de la Corte Internacional en caso de conductas constitutivas del crimen de agresión.



derar en relación con el concurso de delitos respecto del *ne bis in idem* interno del Tribunal del inc. 1 del art. 20 y de la Regla 168 del Reglamento. Dependiendo de cómo desarrolle el Tribunal su jurisprudencia podrá verse más o menos salvaguardada la vertiente sustantiva. Cabe reiterar aquí lo dicho en punto a que el art. 78 del Estatuto permite la sumatoria de penas hasta un cierto máximo, en la medida que la persona sea hallada culpable de varios delitos.

Otro aspecto relacionado con el *ne bis in idem* sustantivo es el que tiene que ver con el principio de cómputo. En los supuestos en que el Tribunal Penal Internacional puede excepcionalmente intervenir aunque exista condena previa de un tribunal local (excepciones del inc. 3 del art. 20) cabe preguntarse: ¿En qué medida está obligado a deducir los montos de las condenas anteriores? En este sentido el Estatuto tiene una regulación llamativa pues no trata la cuestión en conjunto con el *ne bis in idem*. En el art. 78 inc. 2, que está entre las regulaciones sobre imposición de penas se menciona la posibilidad de tomar en cuenta “cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito”. Pero ello parece ser algo discrecional, no una exigencia. Una explicación posible de semejante redacción es que las excepciones del Estatuto de Roma no alcanzan a los casos de condena previa sino únicamente a los de absolución, ya que (a diferencia de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*) se regulan allí solamente los casos en que el juicio anterior fue fraudulento o parcial a favor del acusado. Sin embargo, queda la posibilidad de doble persecución y sanción en el supuesto antes mencionado del crimen de agresión. Además, en la medida en que dentro de la idea de fraude se incluyan también las condenas inusitadamente benignas podría pensarse en la obligatoriedad del principio de cómputo.

Por otra parte, la cuestión del cómputo fue expresamente tomada en los antecedentes del Estatuto⁸⁶³ y no escapó a la considera-

⁸⁶³ Véase por ejemplo documentos de la ONU A/48/10, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session”, pág. 121. Allí un grupo de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional dedicado especialmente a redactar un Estatuto del Tribunal Penal Internacional proponía en el art. 45 de su

ción del proyecto finalmente tratado, donde los redactores si bien sugerían la variante facultativa planteaban que el descuento de penas precedentes debía ser quizás entendido como una obligación⁸⁶⁴. Sin embargo al aprobarse el proyecto definitivo se mantuvo el carácter meramente facultativo del descuento.

4) EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PROCESO

Como se dijera en el análisis de esta temática respecto de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, conviene recordar que en la prohibición de doble proceso van entrañadas dos sub-cuestiones: En primer lugar el grado de avance del primer proceso (ya sea desde la lógica de la cosa juzgada o bien para determinar el riesgo efectivamente corrido por el imputado). En segundo lugar la determinación de si lo prohibido es un nuevo proceso estrictamente hablando, o también la reapertura de un mismo proceso clausurado u otros actos procesales que generen el riesgo de repetición de ciertas etapas del proceso ya superadas, por ejemplo como consecuencia de recursos de la parte acusadora contra la sentencia absolutoria.

Respecto del primer problema, el Estatuto de Roma presenta una redacción variada en los diversos incisos del art. 20. En los dos primeros se habla de “condenado o absuelto”, mientras que en el tercero se habla de “procesado” en la versión castellana, de “jugé” en francés y de “*tried*” en inglés.

proyecto una versión de *ne bis in idem* muy similar al de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, en cuyo inc. 3 se consagraba el principio de cómputo de manera obligatoria.

⁸⁶⁴ En la nota 60 del proyecto de Estatuto se lee en efecto: “Habría que revisar el principio enunciado en el artículo 77 [se trata del descuento de pena que en el proyecto estaba ubicado en ese artículo]de que la Corte podrá descontar el período de detención en razón de los hechos constitutivos del crimen, ya que se señaló que, en principio, la Corte estaría obligada a hacerlo.” Véase Documentos de la ONU A/CONF.183/2/Add.1, “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional”, pág. 45.

La referencia a persona condenada o absuelta en los dos primeros incisos del art. 20 parecen significar, en su sentido literal, la existencia de una sentencia firme en sentido restringido, en consonancia con las interpretaciones de los Tribunales *ad hoc* han hecho de la normativa que los rige. En este sentido, los antecedentes del Estatuto de Roma también apuntan en esta misma dirección de considerar la necesidad de un juicio propiamente dicho, concluido por sentencia firme⁸⁶⁵.

De todos modos, se plantean algunos problemas adicionales en relación con el inciso 2, que menciona la condena o absolución pero respecto de un “crimen” y no de hechos. Ya se adelantó al tratar el concepto de “hecho” que podría ocurrir que el Tribunal Internacional absuelva a un sujeto porque su conducta no encuadra en un crimen internacional, pero que así y todo ella constituya un delito grave ajeno a su competencia, por ejemplo un homicidio. En este sentido parecería una laguna de impunidad importante impedir que el imputado sea luego perseguido en sede nacional⁸⁶⁶. Además, desde la perspectiva de la cosa juzgada, y el respeto debido a la sentencia internacional no se plantean mayores problemas por cuanto la absolución por el crimen

⁸⁶⁵ Véase documentos de la ONU A/48/10, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session”, pág. 121, antes citado. Allí, si bien la norma de ese primer proyecto tenía una redacción bastante diferente de la actual era muy similar en cuanto a la previa absolución o condena. A efectos de explicar esa referencia se dijo: “La prohibición de juicios subsiguientes bajo el inc. 1 se aplica únicamente cuando la Corte ha ejercido efectivamente su jurisdicción y ha hecho una determinación sobre los méritos respecto de los hechos particulares constitutivos del crimen.”

⁸⁶⁶ De hecho, en uno de los antecedentes del Estatuto de Roma se planteó con mucha claridad el problema en los siguientes términos: “Por ejemplo, un imputado puede haber sido acusado de genocidio, pero absuelto sobre la base de que esa muerte en particular que fue materia de la acusación se trataba de un acto criminal aislado y no fue realizado con intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso tal como se requiere en el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Tal absolución no podría impedir el enjuiciamiento posterior del acusado por homicidio ante una tribunal nacional.” Véase Documentos de la ONU, A/49/10, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session”, pág. 57.

internacional en un caso así no implica negación del homicidio. Sin embargo, teniendo en cuenta que la persona ha debido ya soportar un proceso con los riesgos que ello implica, parece un trato incompatible con el respeto de su dignidad que sea sometida a todo un nuevo proceso penal. Para casos así la mejor solución sería consagrar un *ne bis in idem* por identidad de hechos o conductas, pero dotar al Tribunal internacional de una competencia residual para condenar por ciertos delitos que, aunque no lleguen a ser crímenes internacionales, constituyan elementos de los crímenes que integraron la acusación que originó su actuación. Es importante destacar que no se trata aquí de permitir al Tribunal juzgar cualquier homicidio, cualquier lesión a la integridad física, o cualquier ataque sexual. Más bien se propone que, si en los casos de personas llevadas a juicio por crímenes contra la humanidad no se logra establecer el elemento específico que permite caracterizar a la conducta como una infracción de esa naturaleza, recién entonces se habilite al órgano a condenar por delitos de menor entidad que se puedan haber cometido.

Por otra parte, hay que decir que si bien este problema de la absolución por falta del elemento agravatorio específico sería el que llevó a los redactores del Estatuto al utilizar el giro condena o absolución por “crímenes” en vez de por “hechos”, lo cierto es que una interpretación amplia de la redacción vigente podría llevar a que en cualquier caso de absolución o de condena se persiguiera de nuevo al imputado por un delito común. Supóngase que el Tribunal Internacional absuelve al acusado por genocidio porque considera que él no tuvo absolutamente nada que ver con ciertas muertes producidas, ¿podría un tribunal nacional perseguirlo luego por las mismas muertes a título de homicidio? La literalidad del inc. 2 del art. 20 del Estatuto de Roma parecería permitirlo. Esto implica no solo un trato excesivo hacia el imputado sino también una desconsideración de la materialidad de la decisión del órgano internacional que tendría así un valor de cosa juzgada muy limitado. Es por eso que, aún cuando no se solucionara el problema tal como se sugirió en el párrafo previo, debería al menos disponerse la obligación del que el órgano nacional que intervenga en segundo término respete las declaraciones de hechos contenidas en la



sentencia firme del Tribunal Penal Internacional, al modo de la doctrina del *collateral estoppel* de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁸⁶⁷.

En lo que hace al inciso 3, que regula la prohibición de *bis in idem* para el propio Tribunal cuando alguien “haya sido procesado” por una corte nacional, semejante redacción da la impresión de que siempre que el poder judicial de un Estado decidiera iniciar un proceso y comenzara a hacerlo (salvo el supuesto de crimen de agresión o proceso fraudulento), el Tribunal Internacional debería abstenerse de actuar contra el mismo sujeto y acerca de los mismos hechos. Si lo hiciera, su intervención constituiría un *bis in idem*. Sin embargo cierta lectura del art. 20 inc. 3 a la luz de los vocablos utilizados en las versiones inglesa (*person who has been tried*) y francesa (*quiconque a été jugé*) podría poner en duda la interpretación antes sugerida. Las frases utilizadas en inglés y en francés parecen requerir más bien que la persona haya sido efectivamente juzgada, y ese término puede tener un sentido más estricto. Pero a la vez también es cierto que en estas versiones no se habla de condenas o absoluciones como en los otros incisos.

Para resolver este problema interpretativo cabe recurrir a un criterio sistemático, tomando en consideración lo dispuesto en el art. 17 del Estatuto de Roma. En concreto, el art. 17 inc. 1 consagra en sus sub-incisos a), b) y c) tres supuestos de inadmisibilidad bajo la lógica de la complementariedad.

El primer supuesto, consagrado en el sub-inc. a), habla de que el Tribunal declarará inadmisibile el asunto que esté siendo objeto de investigación o enjuiciamiento (*being investigated or prosecuted* en inglés y *l'objet d'une enquête ou de poursuites* en francés) por un tribunal nacional. Se trata con bastante claridad de un caso de litispendencia. Aquí se prevé la inadmisibilidad salvo que el estado no pueda

⁸⁶⁷ Véase capítulo II, punto D.2.c).

o no quiera seguir con el proceso. Es, como puede verse, una inadmisibilidad relativa mientras dure el proceso nacional⁸⁶⁸.

En sub-inc. b) habla luego de un primer proceso concluido porque en el Estado nacional se decidió “no incoar acción penal contra la persona de que se trate” (*not to prosecute the person concerned* en inglés, *ne pas poursuivre la personne concernée* en francés). Este es, evidentemente, el caso en que en ante la jurisdicción nacional el proceso concluye sin haber llegado a juicio. Dado que aquí opera también la excepción de no poder o no querer perseguir, se impone la conclusión de que debe tratarse de algún tipo de decisión de mérito sobre el fondo del asunto, tomada antes del juicio propiamente dicho. No podría tratarse por ejemplo de criterios de oportunidad (equivalentes a no querer perseguir⁸⁶⁹) y sería francamente asistemático que se aceptaran declaraciones de prescripción. Recuérdese que el art. 29 del Estatuto de Roma declara la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia del Tribunal y el art. 17 inc. 2, sub-inc. b) considera la demora injustificada en llegar a juicio como una falta de voluntad de perseguir

⁸⁶⁸ De hecho en el art. 19 inc. 11 del Estatuto se prevé expresamente la posibilidad de que una investigación llevada a cabo por el Fiscal ante el Tribunal que deba ser suspendida en virtud de uno de los supuestos de inadmisibilidad del art. 17, sea luego reabierta.

⁸⁶⁹ En este sentido es necesario tomar en cuenta que en sistemas jurídicos en los que rigen criterios de oportunidad el fiscal simplemente omite llevar el caso a juicio, sin que haya propiamente una “decisión” de no perseguir. Más aún, en muchos países tal forma de cese ni siquiera genera un *bis in idem* interno (no tienen fuerza de cosa juzgada). La existencia de una decisión es presupuesto para que opere la causal de inadmisibilidad ahora comentada.

Por otro lado, en sistemas donde rigen criterios de oportunidad reglados por ley sí es posible que haya algún tipo de decisión más definitiva de no continuar. Aquí sí la cuestión podría ser más compleja.

De todos modos hay que tener en cuenta que, en general, muchos de los casos en que se aplican criterios de oportunidad tienen que ver con la escasa relevancia político criminal del asunto. Siendo ello así conviene tener en cuenta lo establecido en el art. 17 inc. 1 sub-inc. d) del Estatuto de Roma, que prevé como supuesto autónomo de inadmisibilidad los casos que carezcan de gravedad suficiente. Claro está que esta última valoración sobre la gravedad queda a criterio del órgano internacional y no depende de la intervención previa de un órgano nacional.

que habilita la intervención del Tribunal Internacional. Más dudosos podrían resultar los casos en que la decisión sobre el fondo versa sobre la inadecuación de los hechos a la normativa interna. Supóngase que un Estado se tiene una concepción sobre autoría más restrictiva de la que se recoge en sede internacional, y por ello decide no llevar la causa a juicio. ¿Debe quedar entonces vedada la intervención posterior del órgano internacional a partir de la lógica de la complementariedad? Esta cuestión es parecida al problema que se planteara respecto del art. 20 inc. 2. Parecería que la decisión de no continuar con el proceso penal local dictada por motivos de fondo pero antes del juicio propiamente dicho no tiene por qué impedir necesariamente una persecución posterior. Habría que valorar en concreto si se afecta la cosa juzgada (si la decisión se refiere sólo a una cuestión de derecho interno o es dictada por un órgano no jurisdiccional no parece que la cosa juzgada se vea afectada), o si el imputado ha sido sometido ya a riesgos relevantes. Si la resolución es por ejemplo una rápida desestimación por inexistencia de delito basada en una cierta interpretación de la autoría en el derecho interno, no parece razonable prohibir la posterior intervención del Tribunal Internacional que actúe por ejemplo conforme criterios de autoría diferentes. En cambio si se trata de un sobreseimiento dictado en una etapa más avanzada quizás es más razonable reconocerle un peso mayor a esa decisión tanto por su carácter jurisdiccional como por los riesgos que ya puede haber soportado el imputado⁸⁷⁰.

Finalmente, el sub-inciso c) del art. 17 inc. 1 del Estatuto de Roma menciona un tercer supuesto de inadmisibilidad cuando la per-

⁸⁷⁰ Otra posibilidad es considerar que la adhesión al Estatuto de Roma implica que cuando el Estado parte decide juzgar por sí mismo los crímenes allí establecidos debe adecuar su actuación a los criterios del Estatuto, pues si no lo hace estaría de algún modo “protegiendo” al acusado, o bien imposibilitado de perseguir. De este modo podría quedar habilitada la posterior intervención del Tribunal Penal Internacional. Así y todo, si semejante resolución local se dicta luego de que el imputado ha soportado realmente los riesgos del proceso, la nueva persecución sigue pareciendo excesiva desde la perspectiva del *ne bis in idem* procesal entendido como prohibición de doble riesgo.

sona “ha sido ya enjuiciada” (*has already been tried* en inglés y *a déjà été jugée* en francés). Es decir que aquí sí se utiliza la palabra enjuiciada en el sentido estricto y además se hace una remisión adicional en el sentido de que el caso será inadmisibile siempre y cuando el Tribunal no pueda proceder conforme alguna de las excepciones del art. 20 inc. 3. Es decir que hay una relación directa entre esa disposición y el art. 20 inc. 3 del Estatuto que se venía analizando.

En síntesis, cuando un tribunal nacional interviene antes que el Tribunal Penal Internacional respecto de ciertos hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad, hay dos supuestos de inadmisibilidad que vedan la actuación del órgano internacional. Esos dos supuestos son la litispendencia y la terminación por resolución firme sobre el fondo previa al juicio. En cambio si se trata de una persona ya juzgada aunque el art. 17 plantea también un supuesto de inadmisibilidad lo cierto es que se trataría en concreto un *ne bis in idem* conforme el art. 20 inc. 3 del Estatuto de Roma al que el mismo art. 17 inc 1, sub-inc. c) remite en estos casos. El *ne bis in idem* procesal del Estatuto requiere así específicamente una sentencia firme con juicio concluido, pero las normas sobre admisibilidad amplían implícitamente el marco de protección de la garantía vedando por vía de inadmisibilidad la segunda persecución también en casos de litispendencia y resoluciones liberatorias previas al juicio⁸⁷¹. A estas últimas no se las llama estrictamente *ne bis in idem*, pero sin dudas pueden ser entendidas como casos de aplicación de la garantía en su vertiente procesal⁸⁷².

⁸⁷¹ En igual sentido véase SURLAN, Tijana, *Ne bis in idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute*, trabajo presentado en 2005 en la Conferencia Fundacional de Florencia de la Sociedad Europea de Derecho Internacional (SEDI), pág. 6. Disponible en <http://www.esil-sedi.eu/english/pdf/Surlan.PDF>, consultado el 26 de noviembre de 2007.

⁸⁷² Tampoco pasó desapercibida al redactor del último proyecto de Estatuto la problemática de los distintos tipos de resoluciones que ponen fin al proceso local, y en qué medida estas deben obstaculizar el proceso ante el Tribunal Penal Internacional, ya sea desde la perspectiva del art. 17 sobre inadmisibilidad (que era por entonces el art. 15 del proyecto) o bien a la luz del art. 20 sobre *ne bis in idem* (por entonces el art. 18 del proyecto) que están muy relacionados. En este sentido, en la nota 42 se llegó a decir claramente: “Se señaló que en las disposiciones del artículo 15

Finalmente resta considerar qué es exactamente lo prohibido como segunda persecución en el Estatuto de Roma: Si el segundo juicio, la reapertura o actos que generen repetición de etapas ya cumplidas. En los incs. 2 y 3 del art. 20 del Estatuto se regulan, como pudo ya verse, dos supuestos de *ne bis in idem* internacional (entre el Tribunal Internacional y los tribunales estatales). Allí no tiene sentido entonces plantearse el problema del recurso del fiscal o de la reapertura de la causa concluída. Sí interesa destacar de todos modos que lo prohibido es el nuevo juicio según las versiones inglesa y francesa, y el nuevo proceso según la versión española. Si se sigue a los giros utilizados en los dos primeros idiomas se podría llegar a entender que no alcanzan a vulnerar la garantía los actos de investigación previos al segundo juicio en sentido estricto, mientras que la versión castellana podría interpretarse en el sentido de que no se admite ningún tipo de actividad persecutoria por segunda vez. Sea como fuere, parece lo más sensato no admitir ningún tipo de persecución posterior a un primer proceso, pues sería un dispendio absurdo admitir una investigación que se sabe de antemano que nunca podría llegar a juicio. Además, hay que tomar en cuenta lo ya dicho en cuanto a que el *ne bis in idem* del art. 20 inc. 3 se resuelve a la luz del art. 17 sobre admisibilidad. Es decir que el proceso internacional se cierra desde su inicio, una vez detectada la existencia de un proceso local previo sobre los mismos hechos.

En lo que hace al *ne bis in idem* interno (respecto del propio Tribunal ante las decisiones previamente tomadas por cualquiera de sus Cámaras) se hace necesario tomar en cuenta el art. 20 inc. 1 del

también debía hacerse referencia, de manera directa o indirecta, a los casos en que el juicio culminaba en condena o absolución, así como la suspensión de un juicio y quizá también el otorgamiento de indultos o amnistías. Numerosas delegaciones opinaron que el artículo 18, en su redacción actual, no abordaba adecuadamente dichas situaciones a los fines de la complementariedad. Se convino en que dichas cuestiones deberían examinarse nuevamente a la luz de las revisiones posteriores del artículo 18, a fin de determinar si la referencia al artículo 18 era suficiente o si era preciso ampliar el texto del artículo 15 con objeto de abordar dichas situaciones.” Documentos de la ONU A/CONF.183/2/Add.1, “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional”, pág. 41.

Estatuto de Roma y la Regla 168 del Reglamento del Tribunal. Allí sí podría tener relevancia plantear como problema si el recurso de la acusación contra la sentencia absolutoria debe o no estar prohibido. Sin embargo, estando tal recurso expresamente previsto en el art. 81 del mismo Estatuto, no cabría afirmar su invalidez si se han de interpretar armónicamente todas sus disposiciones⁸⁷³. Es cierto de todos modos que el recurso contra las absoluciones se admite en menos casos que el recurso del imputado, con lo cual operarían aquí alguna limitación. Hay que decir también que el trámite del recurso prevé la posibilidad de que la Sala de Apelaciones reenvíe el fallo a una Sala de Primera Instancia para que se realice un nuevo juicio. No importa en este sentido qué parte haya planteado el recurso⁸⁷⁴. Claramente entonces, la nueva realización de un juicio por los mismos hechos ocurrida en el marco de un único proceso todavía inconcluso no queda abarcada por la prohibición de *bis in idem* del Estatuto de Roma.

En vinculación con lo anterior, y relacionado también con la cuestión de la reapertura de las causas que tramiten ante el Tribunal Penal Internacional Permanente, es interesante constatar que en el inc. 1 del art. 20, cuando se consagra el *ne bis in idem* interno se hace una salvedad a la posible aplicación de la garantía. En efecto, el giro utilizado es: “Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado . . .”. Por la sola lectura resultaría difícil establecer

⁸⁷³ La conclusión es ineludible, y aún los autores que piensan que el recurso del fiscal debería quedar vedado por la prohibición de *bis in idem* no tienen más remedio que expresar una crítica global a la existencia de esa facultad en el Estatuto de Roma. En este sentido véase CALVO-GOLLER, Karin N., *The trial proceedings of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Londres, 2006, págs. 312 y 313.

⁸⁷⁴ Véase art. 83, inc. 2, del Estatuto, que en concreto establece:

La Sala de Apelaciones, si decide que las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta a la regularidad del fallo o la pena o que el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho o de vicios de procedimiento, podrá:

- a) Revocar o enmendar el fallo o la pena; o
- b) Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia.



cuál sería exactamente la excepción a la aplicación de la garantía que se menciona allí. Sin embargo la cuestión resulta más clara mirando el proyecto de Estatuto. Al comentar esta disposición los redactores hicieron referencia a que la salvedad debía vincularse con el texto definitivo de la disposición sobre revisión de la sentencia condenatoria o de la pena⁸⁷⁵. Es decir que más que una excepción a la garantía tenían en mente una relativización de la fuerza de cosa juzgada de las sentencias condenatorias del Tribunal para posibilitar el recurso de revisión a favor del condenado. No hay en cambio posibilidad de revisión en contra del acusado absuelto, como en el caso de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* antes analizados.

El recurso de revisión favorable al imputado es una excepción a la cosa juzgada bastante difundida en los sistemas nacionales, y dado que tiende a favorecer a quien fuera injustamente condenado su colisión con el *ne bis in idem* es solo aparente. Quizás resulte un tanto discutible, desde la perspectiva del *ne bis in idem* procesal, que la regulación de la revisión en el Estatuto permita tanto que la Sala interviniente resuelva la cuestión como que reenvíe el caso a otra Sala para la realización de un nuevo juicio⁸⁷⁶. La situación en este sentido no es equiparable a la de la simple apelación de una sentencia no firme, donde todavía podría hablarse de un único riesgo para el acusado aunque deba volverse a etapas anteriores.

⁸⁷⁵ Véase en efecto Documentos de la ONU A/CONF.183/2/Add.1, “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional”, pág. 45. Allí, en nota 56 se lee: “La expresión ‘Salvo que se disponga otra cosa en el presente Estatuto’ deberá examinarse a la luz del texto definitivo del artículo 83.” Cabe aclarar que el art. 83 del proyecto se corresponde con el actual art. 84 del Estatuto.

⁸⁷⁶ En efecto, el art. 84 inc. 2 del Estatuto dispone respecto de la solicitud de revisión lo siguiente:

“La Sala de Apelaciones rechazará la solicitud si la considera infundada. Si determina que la solicitud es atendible, podrá, según corresponda: a) Convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia original; b) Constituir una nueva Sala de Primera Instancia; o c) Mantener su competencia respecto del asunto, para, tras oír a las partes en la manera establecida en las Reglas de Procedimiento y Prueba, determinar si ha de revisarse la sentencia.”



5) LAS EXCEPCIONES A LA GARANTÍA

Más allá de la pseudo-excepción al *ne bis in idem*, mencionada en el punto previo, que tiene que ver con la reapertura del caso favorable al imputado por vía de revisión, existen en el art. 20 inc. 3 del Estatuto de Roma dos excepciones expresas en relación con la posibilidad de intervención del Tribunal Penal Internacional Permanente luego de que la persona fuera juzgada ante una corte local. Tales excepciones operan cuando el caso previamente tramitado ante el tribunal nacional:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

Lo primero que llama la atención de esta redacción, sobre todo en comparación con los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, es la ausencia de la excepción de “delito común”. Es decir la posibilidad de que el Tribunal Internacional intervenga si el órgano local caracterizó al hecho simplemente como un delito común y no como crimen internacional, y lo trató en consecuencia. La omisión de esa alternativa no pasó desapercibida para los redactores del proyecto de Estatuto, quienes hicieron referencia en nota a la posibilidad de incorporar dicha excepción⁸⁷⁷. Sin embargo ella no fue agregada luego por falta de acuerdo en el debate acerca de la compati-

⁸⁷⁷ En efecto en la nota 59 del proyecto dijeron: “Se señaló que habría que seguir examinando si es preciso establecer más excepciones al principio de la cosa juzgada, como el hecho de no haber tenido en cuenta la naturaleza grave del crimen en el proceso o al imponer la pena.” Véase Documentos de la ONU A/CONF.183/2/Add.1, “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional”, pág. 45.

bilidad de esa disposición y el alcance dado al *ne bis in idem* en el Estatuto⁸⁷⁸. Esto constituiría un fuerte indicio contrario a su vigencia.

También se podría plantear que la excepción en cuestión está implícita en las restantes. Sin embargo, ello no parece ser del todo compatible con la lógica de la complementariedad. Si el tratamiento del imputado no ha sido tan benigno como para considerar que el proceso previo fue una forma de protegerlo de la responsabilidad por crímenes contra la humanidad⁸⁷⁹, el solo hecho de que su accionar se caracterice como delito común ante la jurisdicción nacional no podría habilitar la posterior intervención del Tribunal Penal Internacional por los mismos hechos⁸⁸⁰.

Una segunda diferencia importante del Estatuto de Roma con los de los Tribunales *ad hoc* en materia de excepciones al *ne bis in idem* es que no hay tampoco en este último ninguna referencia a la falta de diligencia en la primera persecución, que sí aparece en los primeros y que figuraba también en los algunos proyectos de Estatuto para la Corte permanente⁸⁸¹. Semejante referencia plantea, como quedara dicho, varios problemas en punto a determinar sus exactos alcances, en este sentido resulta positiva su eliminación.

En tercer lugar, cabe mencionar la referencia a que el proceso nacional no haya sido conducido de manera independiente e imparcial. Al analizar los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* ya se planteó el problema de determinar si esa excepción actúa en conjunto con la falta de intención de llevar al acusado ante la justicia, o si puede operar también como una forma de protegerlo de las persecuciones penales locales violatorias de sus derechos. Como quedara dicho, en los Esta-

⁸⁷⁸ HOLMES, John T., “The principle of complementarity”, en LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute, Issues - Negotiations - Results*, Kluwer Law International, 1999, págs. 57 y 58.

⁸⁷⁹ Así parece entenderlo por ejemplo SURLAN, Tijana, ob. cit., pág. 7.

⁸⁸⁰ En igual sentido véase CONWAY, Gerard, “Ne bis in idem and the International Criminal Tribunals” ya citado, pág. 358.

⁸⁸¹ Véase Documentos de la ONU A/49/10, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session”, pág. 58.

tutos para Ruanda y para la Ex Yugoslavia, la redacción de los textos ofrece algunas dudas sobre la amplitud de esta excepción al *ne bis in idem*. Lo mismo ocurre en la versión castellana del Estatuto de Roma. En efecto, esta excepción aparece en el art. 20, inc. 3, sub-inc. b) del Estatuto, junto con la referencia a un proceso conducido de manera incompatible con la intención de llevar al acusado ante la justicia. La duda es entonces si se trata de una sola excepción o de dos. En castellano ambas frases aparecen vinculadas por el conector “o”. Ese conector da la sensación de que se trata de dos alternativas diferentes. Sin embargo, en el texto en inglés se usa el conector “and”, que equivale al castellano “y”, es decir que se requiere que la falta de imparcialidad este orientada a evitar la responsabilidad del acusado para que la excepción opere⁸⁸². Similarmente en el texto en francés este subinciso b) se construye dando a entender que la excepción opera cuando el proceso nacional no ha sido conducido de manera independiente o imparcial “sino” (*mais*) de una manera que en las circunstancias resulta incompatible con la intención de llevar al acusado ante la justicia⁸⁸³. Por lo tanto resulta aquí todavía más claro que se trata de una única excepción. Además, en el articulado sobre admisibilidad del Estatuto, más precisamente en el art. 17 inc. 2, sub-inc. c) que tiene un evidente paralelismo con la norma ahora analizada, aún la versión castellana es clara en punto a que la falta de imparcialidad del órgano local tiene que darse en un contexto en que se favorezca al imputado para que el Tribunal Internacional pueda actuar con posterioridad a un

⁸⁸² Concretamente la disposición en inglés, refiriéndose al primer proceso dice: “*Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*”

⁸⁸³ En efecto, la versión francesa señala respecto del primer proceso lo siguiente: “*N’a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d’un procès équitable prévues par le droit international, mais d’une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l’intention de traduire l’intéressé en justice.*”

tribunal local⁸⁸⁴. En síntesis, la falta de imparcialidad en el primer proceso nacional se tiene que dar favoreciendo al imputado para que se admita luego una segunda persecución internacional⁸⁸⁵.

Parecería entonces que en el Estatuto de Roma se advierten dos posibles excepciones al *ne bis in idem* internacional del art. 20 inc. 3: 1) Que se compruebe que el primer proceso local fue conducido deliberadamente para proteger al acusado. 2) Que la manera en que se condujo ese primer proceso (parcialidad) permita concluir que era incompatible con la intención de perseguir seriamente. Se trata, como es posible advertir, de dos variantes de la misma idea de proceso fraudulento. Solo que en la primera variante el fraude se comprueba efecti-

⁸⁸⁴ Así, en el mencionado art. 17 se lee: “2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: (. . .) c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.” La falta de disposición para actuar por parte de un tribunal local es, desde la lógica de la complementariedad que regula este artículo, lo que posibilita la admisibilidad de una denuncia ante el Tribunal Penal Internacional Permanente, aunque se esté desarrollando o se haya desarrollado un proceso contra la misma persona por los mismos hechos ante un tribunal nacional. Es decir que se trata de una excepción a la complementariedad equivalente a la excepción al *ne bis in idem*.

⁸⁸⁵ Así lo entiende también HELLER, Kevin J., ob. cit., págs. 262 a 273. Este autor analiza en profundidad la cuestión desde la perspectiva de la complementariedad dando un conjunto acabado de argumentos sistemáticos. La única diferencia con la posición aquí sostenida es que para él sería deseable que el Tribunal Internacional pudiera actuar para proteger al acusado de los procedimientos nacionales parciales que lo perjudican violando sus derechos. Desde su punto de vista, la actual configuración de la complementariedad y el *ne bis in idem* es criticable pues considera que llevan a que el Tribunal Internacional no se comprometa suficientemente con la protección de los derechos del acusado. Aquí se ha afirmado sin embargo, como quedara dicho al analizar esta cuestión en relación con los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, que para la protección de los derechos del acusado en el orden internacional están específicamente los sistemas regionales y universales de protección de los Derechos Humanos. No hay por qué recargar al Tribunal Penal Internacional con esa tarea.

vamente, y en la segunda se presume a partir de un trato tendenciosamente favorable al imputado en ese primer proceso nacional.

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES CRÍTICAS

SOBRE LOS SISTEMAS ESTUDIADOS

Llegado el momento de hacer un balance sobre las cuestiones que han ido surgiendo a lo largo de este trabajo, corresponde establecer en qué medida las diversas expresiones positivizadas del *ne bis in idem* consagradas en los instrumentos internacionales analizados en los capítulos previos, y la interpretación que de tales instrumentos hacen los órganos de aplicación correspondientes, resuelven adecuadamente los problemas básicos comunes a toda manifestación de la prohibición que fueran presentadas en los capítulo II y III. En dichos capítulos se plantearon también algunas propuestas para una comprensión del *ne bis in idem* que sea adecuada a su fundamento y sentido. Corresponde entonces verificar ahora en qué medida las diversas manifestaciones de la prohibición en el Derecho Internacional estudiadas en los capítulos IV a VIII se ajustan a esa comprensión, y proponer algunas vías de solución para los problemas que no estén suficientemente resueltos.

**A) LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA:
LA PARTE “*IN IDEM*” DE LA FÓRMULA**

1) IDENTIDAD DE SUJETOS

La exigencia de una identidad de sujetos para la aplicación de la garantía en estudio supone en primer lugar que ella operará siempre que la duplicación de la persecución y el castigo afecten al mismo destinatario. Para que haya realmente un “*idem*” en el sentido de la prohibición hay que establecer quién ha soportado en cada caso la punición o la persecución. Si cada vez se persigue o se castiga a un sujeto distinto no hay una reiteración relevante a los fines de la prohibición de *bis in idem*. El titular de la potestad penal puede dirigir la persecución contra sujetos distintos, y las restricciones que ello traiga aparejado para quienes son perseguidos deberán adecuarse siempre a las exigencias constitucionales sustantivas y procesales que ordenan el ejercicio del poder penal. Pero ello no constituye un *bis in idem*.

Dos de los problemas más relevantes en la actualidad con relación a la identidad de sujetos pasan por establecer si la garantía:

- Se aplica únicamente a las personas físicas, o también a las jurídicas;
- Se aplica cuando se trata de perseguir y sancionar penalmente por los mismos hechos y fundamento tanto a una persona jurídica como a su titular.

En los sistemas estudiados, ninguno de estos problemas se ha planteado expresamente en relación con el *ne bis in idem*. Sin embargo, ha surgido en varios de ellos la cuestión general de la titularidad de los derechos y las garantías reconocidos, que en buena medida están vinculados con esta primera identidad.

Un tema bastante complejo (sobre todo en los instrumentos de Derechos Humanos) es si las garantías procesales en ellos reconocidas se aplican sólo a los imputados penalmente o también a otros sujetos del proceso. Sin embargo esto no constituye algo problemático al ana-

lizar el *ne bis in idem*, puesto que cualquiera sea la fórmula elegida para consagrar la garantía, la sólo idea de prohibición de doble persecución y doble sanción pone de manifiesto que ella tutela únicamente a quienes resultaron imputados. En general, en los instrumentos estudiados se habla de que “nadie” puede ser perseguido o castigado dos veces, o bien que la garantía ampara a “toda persona”. Sólo en la Convención Americana de Derechos Humanos se utiliza expresamente el giro “inculpado”, pero ello de todos modos no marca ninguna diferencia relevante en punto a que la garantía ampara sólo a quienes fueron previamente perseguidos o castigados, y por el hecho de estar siéndolo nuevamente.

También es importante destacar que la idea de que la garantía protege a “imputados” no implica trazar ninguna distinción en punto a si el sujeto está meramente imputado, procesado, acusado formalmente, juzgado, etc. Este tema, más que con la identidad de sujeto, tiene que ver con el alcance del *ne bis in idem* procesal sobre el que se volverá luego.

Tampoco es decisivo para la cuestión ahora tratada si el sujeto penalmente perseguido lo fue con motivo de un delito, una contravención o una falta. Si bien esto tiene cierta conexión con el tema del sujeto (puesto que la mayoría de los supuestos de sanciones a personas jurídicas se dan en el derecho administrativo sancionador) se observa una vinculación mayor con la “materia” de la protección dispensada por la garantía. Esta cuestión se trabajará aquí en relación con el problema de la identidad de fundamentos.

Hechas estas precisiones, corresponde analizar en qué medida es aplicable la prohibición de *bis in idem* consagrada en los diferentes sistemas analizados a sujetos distintos de la persona humana. En este sentido, en el análisis del sistema interamericano se pudo advertir que si bien tanto el texto del preámbulo como el del art. 1 de la Convención Americana sugieren que todos los derechos y garantías allí consagrados se refieren únicamente a la persona humana, y a pesar de que la Comisión Interamericana entendía originalmente que esto impedía considerar a las personas jurídicas como víctimas de violaciones a la

Convención, la Corte Interamericana ha sentado una doctrina diferente. En efecto, éste Tribunal tiene dicho que los derechos de las personas jurídicas se resuelven en los derechos de las personas físicas y que excluir a aquellas como sujetos amparados por la Convención es absurdo porque implicaría dejar desprotegidos un número importante de derechos. Es decir que por vía jurisprudencial se ha dado de hecho una ampliación de los sujetos protegidos por la Convención incluyendo a las personas jurídicas. Si bien la Corte ha señalado genéricamente que existen algunos límites a esa inclusión, no ha dado precisiones al respecto.

En el sistema Europeo de Derechos Humanos, se pudo comprobar que el Convenio por un lado sus primeros artículos hablan de persona en general, sin enfatizar tanto en la exclusividad de la tutela de la persona humana, y además contiene algunas disposiciones que hacen referencia expresa a las personas jurídicas. En especial el art. 34, permite sostener que las organizaciones no gubernamentales pueden ser consideradas como víctimas de las violaciones a los derechos y garantías consagrados. Es por eso que no sorprende que la Corte Europea haya declarado en varias de sus sentencias violaciones en perjuicio de personas jurídicas, aún de las ya disueltas, excluyendo únicamente aquellas organizaciones públicas que ejercen un efectivo poder de gobierno.

La situación en el Pacto de Derechos Civiles es, al menos por lo que surge de su texto, similar a la interamericana. Los artículos iniciales y el preámbulo se centran en que la protección es dispensada a los “individuos”, y su Protocolo Facultativo señala que sólo los individuos pueden ser considerados víctimas. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha advertido esta situación, pero ha señalado también que en ciertos casos las violaciones de los derechos de las personas jurídicas pueden reconducirse a violaciones de derechos de la persona humana. La falta de desarrollo de sus afirmaciones impide saber a ciencia cierta a qué derechos o garantías se refiere, aunque parecería que se remite fundamentalmente a aquellos que pueden disfrutarse colectivamente.

En el Derecho Comunitario de la Unión Europea la situación tiene algunos matices. En la órbita del Derecho de Defensa de la Competencia, está consolidada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la idea de que, en los procedimientos sancionadores contra empresas seguidos ante los órganos de la Unión, rige la protección del *ne bis in idem* como principio general del Derecho Comunitario. Es decir que la garantía protege claramente a las personas jurídicas. En cambio, en el ámbito concreto del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, no hay jurisprudencia específica sobre el punto, con lo cual no está claro si el *ne bis in idem* allí consagrado las protege también. Sin embargo la conexión que el mismo Tribunal de Justicia ha establecido entre esta versión de la garantía y el derecho a la libre circulación hace pensar que ella solo es aplicable a las personas físicas. En efecto, en la medida que se entienda, como lo hace el Tribunal, que la razón de ser de la prohibición de doble persecución y doble sanción en diferentes países de la Unión Europea es impedir que se vea afectada la posibilidad de circular libremente dentro del espacio común de seguridad y justicia, parece difícil sostener que ello incluye a las personas jurídicas.

Finalmente, en lo que hace a los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, hay que tener en cuenta que la evolución actual del Derecho Penal Internacional se ha dado en el marco de la creciente consideración de la persona humana como sujeto del Derecho Internacional. En este caso el énfasis está en que la responsabilidad individual es relevante como problema de esa rama del Derecho, a partir de los principios surgidos de los juicios de Nüremberg. Es por eso que las normas de los Estatutos se orientan precisamente a la protección de esos sujetos: personas humanas individuales acusadas de ser responsables de crímenes contra la humanidad.

Como síntesis y conclusión crítica de lo hallado puede decirse entonces que:

- 1) La cuestión del *ne bis in idem* como garantía que tutela también a las personas jurídicas no ha sido tratada expresamente en ninguno de los sistemas estudia-

dos, aunque en el derecho de Defensa de la Competencia de la Unión Europea se ha aplicado en casos de empresas sancionadas por órganos comunitarios.

- 2) La omisión resulta obvia en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, pues ellos surgen precisamente para posibilitar que las personas físicas sean sujetos penalmente responsables en el Derecho Internacional.
- 3) No obstante la mencionada falta de tratamiento específico, en los sistemas de Derechos Humanos se ha discutido de manera más general si la persona jurídica puede ser titular del conjunto de derechos y garantías en ellos reconocidos y amparados.
- 4) Esto es ampliamente aceptado en el sistema europeo, tanto en ciertas disposiciones del Convenio correspondiente que aluden expresamente a las personas jurídicas, como en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. En los sistemas Interamericano y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los textos de los instrumentos no parecen en cambio permitir semejante extensión. Sin embargo tanto la Corte Interamericana como el Comité de Derechos Humanos de la ONU se han mostrado proclives a incluir a las personas jurídicas.
- 5) En especial la Corte Interamericana ha sostenido de manera muy general que los derechos de las personas jurídicas se resuelven en los de las personas físicas que son sus titulares o administradores.
- 6) Semejante afirmación, trasladada al análisis del *ne bis in idem*, podría llevar a considerar que no cabe la sanción a la persona jurídica más la sanción a la persona física que la administra o posee.

- 7) Sin embargo, como se vio en el capítulo II, semejante conclusión parece criticable por cuanto la sanción a la persona jurídica a lo sumo podría verse como una afectación de sus titulares derivada del riesgo empresario, y no como una sanción directa a ellos.
- 8) Desde este punto de vista, la sanción a la persona jurídica sólo debería ser analizada a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como limitación del derecho de propiedad o de la libertad de asociación de sus titulares según el caso, pero no desde la perspectiva específica del *ne bis in idem*.
- 9) Lo dicho no quita que pueda establecerse en un instrumento internacional de otro tipo, por ejemplo en un contexto de integración, ciertas disposiciones que tutelen directamente a las personas jurídicas y que reconozcan la posibilidad de un *bis in idem* en los casos de doble sanción a estas, tal como ha ocurrido por vía jurisprudencial en el Derecho Comunitario Europeo de Defensa de la Competencia.

2) IDENTIDAD DE HECHOS O IDENTIDAD DE DELITOS

Tal como se estableciera en el capítulo II, la identidad de hechos sólo puede ser correctamente entendida a partir de un enfoque que incluya aspectos fácticos y normativos, puesto que desde una perspectiva puramente fáctica se podría llegar a una segmentación excesiva de los datos de la realidad multiplicando las sanciones, y desde una perspectiva solo normativa, se podría llegar a penar siempre que puedan aplicarse a un caso dado normas sancionatorias diferentes. En ese enfoque un primer filtro estaría dado por la determinación de la unidad delictiva conforme criterios del Derecho Penal sustantivo, y un segundo corte, sobre todo para los casos de doble persecución en procesos independientes, por la comparación entre el objeto de ambos procesos.

En los sistemas de Derechos Humanos se observa que, de los tres pactos estudiados, solo el *ne bis in idem* de la Convención Americana habla de “hechos”, mientras que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se habla de “delitos”, lo mismo que el Protocolo n° 7 a la Convención Europea.

En el sistema interamericano los órganos han enfatizado en que la redacción vigente implica una mayor amplitud de la protección dispensada por la garantía. Sin embargo, no han emprendido hasta el presente una definición más precisa de cómo se entiende esa identidad, y cuáles serían los criterios normativos a aplicar para ceñirla evitando que una consideración temporal o espacial demasiado segmentada lleve a puniciones múltiples. Por lo demás, la Corte ha confundido en un caso lo que es doble sanción y doble persecución con doble tipificación, declarando alcanzado por la prohibición de *bis in idem* un supuesto en que una misma conducta quedaba abarcada por dos tipos diferentes. Semejante apreciación es claramente insostenible, pues no hay Estado en el que no se den casos de concurso aparente.

En el sistema europeo, la Corte de Estrasburgo fue variando en sus posiciones. En un primer precedente reinterpreto el texto que se refiere expresamente a “delitos”, y trató la cuestión como identidad de “hechos”. Posteriormente sostuvo la posición contraria. En un tercer precedente asumió un criterio intermedio mediante el cual comparó las normas sancionatorias aplicadas buscando determinar si ellas contienen o no los mismos elementos esenciales. Finalmente, volvió a la doctrina de la comparación de “hechos”, aunque sin descartar del todo la comparación entre los elementos de las normas, con lo cual su doctrina sigue sin ser del todo clara.

Además, el Tribunal Europeo sostiene que la doble persecución y punición es siempre ilegítima, aún en los casos en que se aplica primero una sanción administrativa y luego se intenta imponer una pena. Darle semejante extensión a la garantía puede resultar polémico a partir de considerar ciertos aspectos del *ne bis in idem* sustantivo (en especial si se descuenta la sanción administrativa previa de la que se imponga luego en sede penal) y del *ne bis in idem* procesal (pues cabe

poner en duda que el procedimiento administrativo implique riesgos tan relevantes para el imputado como para afirmar que la posterior realización del proceso penal constituye una duplicación intolerablemente lesiva de la dignidad de la persona).

En cuanto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la referencia a “delitos” allí contenida parece haber sido interpretada de diversas maneras por el órgano de aplicación. En algunos casos se fijó en la literalidad y se rehusó a tratar la violación de la garantía en la medida en que entraban en juego tipos penales diferentes. En otros parece haber sostenido que el *ne bis in idem* del Pacto incluye también supuestos en los que mediante el segundo proceso se juzgue a un sujeto por un delito que constituya un aspecto o elemento de otro por el cual la misma persona ya fuera juzgada. Además algunas referencias aisladas sobre la incompatibilidad de reincidencia y *ne bis in idem* parecerían sugerir que se mira más a los hechos que a su calificación. De todos modos lo escaso y lo colateral de los desarrollos impide extraer conclusiones definitivas sobre la cuestión.

En el derecho comunitario de la Unión Europea, la expresa referencia a “hechos” contenida en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen ha sido entendida desde una perspectiva eminentemente fáctica por el Tribunal de Justicia, resaltando los elementos de intención del autor y circunstancias temporales y espaciales para decidir si está ante unos mismos hechos o ante hechos distintos en el sentido de la prohibición. En general la preocupación central ha sido evitar que la diversidad de sistemas jurídicos existentes en los países que conforman la Unión impida una aplicación mínimamente razonable de la garantía. Desde allí se puede explicar la negativa a mirar la cuestión sobre bases más normativas. Sin embargo, aunque hasta el momento el resultado concreto de este enfoque haya sido la afirmación de una mayor vigencia del *ne bis in idem*, no se puede descartar que en el futuro, con una integración distinta del Tribunal, la concepción de la identidad de hechos excesivamente anclada en lo fáctico lleve a ver hechos separables allí donde hay una unidad de sentido normativa.

En lo que respecta a los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, hay expresas referencias a “actos” en las disposiciones casi idénticas sobre *ne bis in idem* contenidas en ellos. Esto ha llevado razonablemente a los Tribunales a asumir un punto de partida más fáctico. Además, tomando en cuenta que se consagran allí algunas manifestaciones de *ne bis in idem* internacional (prohibición de intervención sucesiva del tribunal internacional y los tribunales locales) nunca se podría estar a la mera existencia más de una norma penal para negar la aplicación de la prohibición pues ello sería sinónimo de negarle toda operatividad. En efecto, es fácilmente constatable que los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y los propios Estatutos contienen sus propios tipos penales para castigar los mismos hechos. Si la sola existencia de esas tipificaciones diversas implicara falta de identidad de hechos las disposiciones sobre *ne bis in idem* internacional de los Estatutos carecerían por completo de sentido⁸⁸⁶. En consonancia con lo expuesto hay precedentes de los Tribunales *ad hoc* en los que se resalta la consideración de la “conducta”, como base para la aplicación de la garantía, y en otros también es posible hallar referencias a la congruencia entre los “hechos” de la acusación y los de la sentencia como elemento relevante a los fines del *ne bis in idem*. Sin embargo, en lo que sería una cierta aplicación interna del *ne bis in idem*, es decir la prohibición de doble punición y enjuiciamiento por los mismos Tribunales Penales Internacionales, hay una tendencia jurisprudencial criticable. En particular, en relación con el problema del concurso de leyes y de delitos, los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda se han basado parcialmente en el test de la misma evidencia creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ello los ha llevado a comparar los elementos de los tipos contenidos en los Estatutos para determinar si se los puede aplicar conjuntamente, o si se excluyen unos a otros. De este modo, con solo hallar un elemento diferenciador mínimo entre los

⁸⁸⁶ Es cierto de todos modos que aún de considerarse aquí una identidad de delitos y no de hechos, podrían buscarse normas diferentes en sus elementos, y no simplemente considerar que son diferentes porque están vigentes en ordenamientos jurídicos distintos. Esta aclaración tiene relevancia sobre todo en relación con el Estatuto de Roma, como se verá seguidamente.

tipos bajo los que se puede subsumir la misma conducta, los Tribunales *ad hoc* han llegado a admitir en algunos casos la condena por ambos. Ello parece inconsecuente con la idea de identidad de hechos, y aún con una idea de identidad de delitos entendida al modo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que utiliza el test norteamericano pero comparando más bien los elementos esenciales de cada figura penal aplicable al caso. Es decir que se excluyen las diferencias meramente accidentales respetando más el sentido del test tal como fue concebido en los Estados Unidos.

Finalmente, en lo que hace al Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, en la medida en que no hay aún jurisprudencia sobre la garantía consagrada en el art. 20, las conclusiones propuestas son altamente hipotéticas, derivadas exclusivamente del análisis de los textos, de las discusiones que les dieron origen y de su comparación con lo establecido por los Tribunales *ad hoc* cuya jurisprudencia será presumiblemente tomada en cuenta por la nueva Corte. Se destacan en el citado art. 20 sobre *ne bis in idem* tanto referencias a “conducta” como a “crimen” o a “hecho”. En el caso del *ne bis in idem* interno, (que veda la intervención del propio Tribunal luego de su previa intervención), el énfasis está en la conducta. El Tribunal no podría entonces perseguir a un imputado bajo una calificación jurídica distinta que no haya sido tomada en consideración en una decisión anterior que hubiera versado sobre la misma base fáctica. Esto debería impedir también que se utilizara el test de la misma evidencia del que se valen los Tribunales *ad hoc* para los casos de concurso.

En lo que hace a la variante que veda la intervención de un órgano estatal luego de la actuación del Tribunal Internacional, parecería que la calificación jurídica tiene más relevancia. Vale decir que si un Estado tipifica de manera distinta una cierta conducta ya castigada por el Tribunal, estaría habilitado a perseguir al mismo sujeto por los mismos hechos. Claro está que esa diversa tipificación requerirá del desarrollo de algún análisis comparativo entre la norma internacional y la local, puesto que no podría tomarse como “otro delito” la sola

existencia de ambas, ya que ello equivaldría a quitarle toda operatividad a la prohibición establecida.

Por último, la referencia a “hechos” en lo que hace a la prohibición de actuación del Tribunal Internacional luego de que el sujeto fuera sometido a proceso por algún Estado, implica una consideración de la garantía que tiene claramente un punto de partida fáctico. Esto impide la intervención del Tribunal sobre la base de simples diferencias en la tipificación del crimen del Estatuto y la norma estatal previamente aplicada (salvo las excepciones expresamente establecidas). Sin embargo, se requerirán de todos modos unos ciertos criterios normativos de determinación si es que se quiere impedir el riesgo de que una segmentación temporal y espacial excesivas en la consideración de lo que son “mismos hechos” lleve en la práctica a persecuciones múltiples ilegítimas.

Como consecuencia de todo lo expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) La identidad de hechos es mejor comprendida considerando aspectos fácticos y normativos, dado que desde una perspectiva que fuera solamente fáctica se podrían segmentar excesivamente los datos de la realidad multiplicando las sanciones, y desde una perspectiva solo normativa, se podría llegar a penar siempre que pudieran aplicarse a un caso dado normas sancionatorias diferentes. Esto último equivaldría a negar prácticamente siempre una aplicación internacional de la prohibición, salvo los supuestos en que la persecución sucesiva en órganos de Estados diferentes, o bien en un órgano local y otro internacional estuviera basada en una misma norma (por ejemplo un tratado).
- 2) El análisis normativo y fáctico aquí propuesto en el capítulo II incluye un primer nivel dado por la determinación de la unidad delictiva conforme criterios

del Derecho Penal sustantivo, y una segunda verificación basada en la comparación entre el objeto de ambos procesos.

- 3) En los instrumentos internacionales no rige una única forma de entender la identidad del objeto de la persecución. Las disposiciones existentes varían entre la referencia a la identidad de hechos y la identidad de delitos. Y aún hay instrumentos, como el Estatuto de Roma, que contienen ambas formas. Ello complica el panorama en punto a una difusión consistente de la garantía, que pueda derivar en un mayor respeto de ella.
- 4) Los órganos de aplicación correspondientes interpretan además de manera distinta esas disposiciones, en algunos casos contradiciendo lo que sería el modo más compatible con el texto legal, agregando así más complejidad.
- 5) En todos los sistemas estudiados, los órganos internacionales no han alcanzado a desarrollar criterios precisos de distinción entre los hechos que tomen en consideración tanto aspectos normativos como fácticos. Los órganos que más han avanzado en este punto han asumido distintas variantes de un test construido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Blockburger*, que de todos modos constituye una insuficiente expresión de la identidad de “delitos”. Esta tendencia es en parte explicable por cuanto resulta muy difícil un análisis integral cuando se trata de tomar en cuenta tipos penales correspondientes a sistemas jurídicos muy distintos, o bien correspondientes a un mismo sistema jurídico pero que el órgano internacional que debe decidir sobre la violación de la garantía no puede conocer suficientemente.

- 6) Lo anterior entraña entonces un problema de difícil solución para la evolución del *ne bis in idem* en el orden internacional, ya sea como garantía mínima vigente para cada Estado vinculado por un sistema de Derechos Humanos, como para una aplicación directamente internacional de la garantía en un proceso de integración entre Estados o bien en la relación entre Estados y Tribunales Internacionales. Si la identidad de hechos remite necesariamente (al menos en parte) a las normas vigentes en cada sistema jurídico, parecería imposible una evolución coherente de la prohibición sin una cierta unificación de los sistemas penales. Pero a la vez esperar a esa unificación para promover el desarrollo de una garantía cuya importancia y necesidad nadie discute, sería equivalente a entorpecer su evolución subordinándola a una integración penal siempre difícil atendiendo a las diferencias existentes entre los sistemas y a la estrecha relación entre el *ius puniendi* y la soberanía estatal.
- 7) Frente a esta situación sería deseable, tal como se adelantara en alguna medida en el capítulo II para el problema del *ne bis in idem* internacional, que a falta de una unificación de ordenamientos jurídicos, siempre que se consagre el *ne bis in idem* en un convenio internacional multilateral, se establezcan allí también algunos criterios explícitos para afirmar la unidad y pluralidad de hechos, que expresen un consenso plausible entre los diversos Estados Parte. De otro modo lo más probable es que el órgano internacional de aplicación vaya imponiendo los suyos dependiendo del sistema jurídico al que pertenezcan sus integrantes. Ello implica la posibilidad de una alta variabilidad en el transcurso del tiempo, y por ello de mayores complejidad y conflictos.



- 8) La solución propuesta en el punto anterior no supone negar la importancia del momento de aplicación judicial del Derecho, ni defender una visión puramente legalista de lo jurídico. Se trata simplemente de poner de resalto un problema concreto de los órganos y tribunales internacionales: La necesidad de que las soluciones adoptadas por ellos sean aceptables en diferentes Estados como una expresión adecuada del consenso interestatal plasmado en los instrumentos, y no se transformen en imposición de los conceptos de un cierto sistema jurídico por sobre los de otros.

- 3) IDENTIDAD DE FUNDAMENTOS Y LA APLICACIÓN DE LA GARANTÍA A LOS ÁMBITOS PENAL, ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DISCIPLINARIO

Como quedara dicho en el capítulo II, la identidad de fundamentos no es un presupuesto del *ne bis in idem* reconocido en todos los sistemas jurídicos. A ello hay que agregar que no aparece expresamente en los textos legales analizados a lo largo de este trabajo. Por ello es difícil encontrar referencias explícitas a esta “identidad” en la jurisprudencia estudiada. Sin embargo, se puede intentar conectar la cuestión con otros temas a ella vinculados que sí son objeto de tratamiento. En especial, en varios de los instrumentos se la puede vincular con el ámbito material de aplicación del *ne bis in idem* y de otras garantías del proceso equitativo, en especial al tratar de establecer si tales garantías se aplican a los delitos penales en sentido estricto, o también a otros sectores del derecho sancionador de los Estados parte.

En este sentido, la Corte Interamericana ha puesto de manifiesto en algunos fallos una concepción amplísima, según la cuál es posible extender las garantías penales a cualquier ámbito jurídico. Sin embargo ese criterio general resulta problemático cuando se lo refiere particularizadamente a los alcances de cada garantía. En concreto, no hay pronunciamientos explícitos de la cuestión en relación con el *ne*

bis in idem. De este modo no es del todo claro si la prohibición resulta aplicable solo al ámbito penal, al ámbito administrativo sancionador o al ámbito disciplinario, y si se puede aplicar de manera cruzada cuando un hecho es objeto de persecución y sanción en una y otra sede. Si se estuviera a sus referencias amplias habría que sostener que la garantía no permite superposición de sanciones. Pero ello no es de todos modos concluyente. Habrá que aguardar para ver cómo se resuelven los casos en los que esta particular problemática del *ne bis in idem* sea tratada.

En el sistema europeo de Derechos Humanos la cuestión del ámbito de aplicación material del *ne bis in idem* sí fue abordada explícitamente. Para el Tribunal Europeo la garantía constituye una manifestación del proceso equitativo, y en esa medida abarca tanto los casos de sanciones administrativas como los casos de sanciones penales, ya sea que se impongan dos sanciones administrativas, dos penales o una de cada tipo. Esto último se puso de manifiesto en los primeros fallos que se dictaron sobre *ne bis in idem*. Más aún, en el primer precedente se llegó a sostener que no cabe la doble punición aunque la naturaleza y el propósito de la norma penal y de la norma administrativa aplicadas en el orden local no coincidían. Esto implicaría una cierta desconsideración hacia la identidad de fundamento como presupuesto de la garantía. De todos modos no parece ser una negación absoluta por cuanto en realidad se han ido elaborando en diferentes casos algunos criterios para definir qué tipo de sanciones están excluidas de la aplicabilidad de las garantías penales y cuáles no. Respecto de estos criterios, corresponde destacar en primer lugar que si una norma sancionadora es definida en un Estado como “penal”, se la considera así a los fines de la aplicación de la garantía. Pero si fuera definida de otro modo, se atiende a los siguientes elementos: 1) Naturaleza del ilícito en función del alcance de la norma (dirigida a la generalidad o a un grupo circunscripto de destinatarios) y de su finalidad (si tiene una finalidad represiva y preventiva que la asimile a lo estrictamente penal) . 2) Naturaleza y severidad de la sanción, en cuanto ciertas penas como las privativas de libertad siempre requieren de una protección mayor. De todos modos este criterio se resuelve más en el caso concreto.



Para concluir, hay que señalar que el Tribunal no aplica las garantías penales a las sanciones disciplinarias, pues estas últimas no satisfacen los criterios antes enunciados, y además ellas fueron excluidas en el informe explicativo del Protocolo N° 7 a la Convención Europea.

En el sistema de protección del Pacto de Derechos Civiles y Políticos la cuestión es, como en el caso interamericano, poco clara. Hay algunos precedentes relativos a otras disposiciones tuitivas diferentes del *ne bis in idem* de los que se pueden extraer indicios en punto a que el ámbito de aplicación de las garantías penales no puede depender de los Estados, y que la severidad, la finalidad y el carácter de la sanción son los criterios para decidirse sobre el punto. Por otro lado, sí hay referencias explícitas en cuanto a que las sanciones específicamente disciplinarias no quedan abarcadas por la protección que dispensa el *ne bis in idem* del Pacto. En ambos casos las afirmaciones no tienen demasiada fundamentación.

En lo que hace al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, hay que tener en cuenta que se trata de una norma que regula una cierta modalidad de *ne bis in idem* ante persecuciones llevadas a cabo en diferentes países de la Unión Europea, y que en general en toda manifestación de un *ne bis in idem* entre Estados se parte de una apreciación más restrictiva de sus alcances. En este contexto, si bien algunos órganos europeos consideran que el *ne bis in idem* de la Unión debería incluir a las resoluciones definitivas tomadas en procedimientos administrativo-sancionadores (se ha planteado esa posibilidad en la propuesta griega de Decisión Marco sobre *ne bis in idem*), esto indica *a contrario sensu* que se piensa que ello no es así actualmente. El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre esta cuestión específicamente y hay entonces buenas razones para pensar que el art. 54 del Convenio no puede ser entendido de manera amplia sobre este punto.

Por otra parte, respecto de la posibilidad de que dos Estados de la Unión persigan penalmente a un mismo sujeto por unos mismos hechos basados en fundamentos diferentes, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia, con su perspectiva de análisis de la identidad

de hechos tan anclada en lo fáctico puede llegar a no considerar suficientemente supuestos en los que podría existir un interés legítimo y una necesidad imperiosa de dos Estados miembros distintos en sancionar conforme su propio ordenamiento. En otras palabras, la fuerte negación del aspecto normativo puede llegar a no mirar al modo en que ciertas conductas afectan separadamente a los distintos Estados miembros justificando una punición repetida desde la perspectiva de la falta de identidad de fundamentos. Esto se ha puesto en alguna medida de manifiesto en algunos casos en los que el Tribunal de Justicia sostuvo que la diversidad de intereses jurídicos no era suficiente para justificar puniciones múltiples, pues ello pondría en crisis la libertad de circulación dentro de la Unión. Esta jurisprudencia contradice lo dicho por el mismo Tribunal en materia de sanciones sobre competencia (que tiene base en normas comunitarias distintas de las del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen). En este ámbito del derecho de la competencia el Tribunal ha identificado la identidad de fundamentos con la identidad de intereses jurídicos protegidos, y por lo tanto ha rechazado la vulneración de la garantía cuando no se verifica esa identidad. En el capítulo II se ha expresado por qué no es del todo exacto identificar unidad de interés jurídico protegido con identidad de fundamentos, pero en la medida que el Tribunal de Justicia sí lo ha hecho parecen coexistir en su jurisprudencia dos construcciones diversas del *ne bis in idem*, una basada en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen en la que no se requiere identidad de fundamentos, y otra que rige en su jurisdicción en materia de competencia que sí la requiere, donde la garantía no tiene base normativa concreta sino que se considera un principio general del derecho comunitario.

De todos modos hay que reconocer que en los casos más extremos de falta de identidad de fundamentos los Estados de la Unión Europea podrían valerse de la excepción reconocida en el art. 55 inc. b del Convenio, que permite la doble persecución cuando el Estado que pretende perseguir en segundo término ha visto afectados sus intereses esenciales. Esta excepción, sobre la que se volverá luego al analizar en su conjunto las excepciones a la garantía en los sistemas estudiados,

puede entonces verse como un reconocimiento acotado de la identidad de fundamentos en cuanto presupuesto del *ne bis in idem* dentro de la normativa de Schengen.

En cuanto a los Tribunales Penales Internacionales, la cuestión de la identidad de fundamentos no aparece expresada así en los Estatutos como presupuesto del *ne bis in idem*, ni puede ser conectada con la problemática del derecho administrativo sancionador en la medida en que la cuestión de los crímenes internacionales es claramente ajena a ella. Sin embargo, en los Estatutos de los Tribunales para Ruanda y Yugoslavia en particular sí puede establecerse una relación entre la falta de identidad de fundamentos y la excepción según la cual esos órganos pueden intervenir si en el juicio anterior llevado a cabo por un tribunal nacional el hecho se consideró como un delito común. En efecto, en tanto se entienda que la punición de la conducta como delito común no satisface suficientemente la necesidad de punición de los crímenes contra la humanidad, y que a su vez existe una necesidad imperiosa de castigar este tipo de crímenes, se podría plantear que la nueva persecución de estos últimos ante el órgano internacional obedece a una diferencia de fundamento. Sin perjuicio de ello, como la punición del crimen internacional sí puede llegar a satisfacer la necesidad de los Estados de castigar el delito común subyacente, aparece como adecuada desde la perspectiva del *ne bis in idem* sustantivo que la pena menor del delito común sea absorbida, tal como manda el principio de cómputo establecido en los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (art. 10 inc. 3 y art. 9 inc. 3 respectivamente). De todos modos, subsiste el problema de determinar si acaso la doble persecución de un hecho como delito común y como crimen internacional no implica para el imputado un trato tan gravoso que la necesidad de una valoración específica del hecho como crimen internacional sea insuficiente para justificarla.

En síntesis, en relación con la identidad de fundamentos como presupuesto de la prohibición de *bis in idem* en los instrumentos analizados, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1) El punto de partida asumido en este trabajo para tratar el problema de la identidad de fundamentos es que ella tiene que ver con los fines perseguidos mediante la imposición de sanciones. Por lo tanto, sólo faltará si, como consecuencia de un único hecho realizado por un mismo sujeto, el Estado u órgano internacional se ve obligado a responder mediante procesos y sanciones separados para realizar fines legítimos, en tanto para la adecuada consecución de esos fines resulte indispensable una respuesta sancionadora distinta. En tal caso quedaría justificada la imposición de sanciones diversas, siempre y cuando la afectación que todas ellas producen en conjunto no implique el menoscabo del contenido esencial de un derecho, o un trato incompatible con el respeto de la dignidad de la persona.
- 2) Por otra parte, aunque la defensa del propio orden jurídico amerite en ciertos casos la intervención penal de todos los Estados cuyo orden se ha visto lesionado por un mismo hecho delictivo, ello no es siempre una exigencia necesaria. Los fines de tutela del propio orden jurídico pueden verse suficientemente satisfechos con el proceso seguido en el extranjero. Dicho con otras palabras, hablar de identidad de fundamentos como presupuesto del *ne bis in idem* no implica negar una aplicación internacional de la garantía. Esto es más claro todavía en aquellos crímenes internacionales tipificados en tratados multilaterales, en cuya persecución está interesada toda la comunidad internacional en procura de unos mismos fines.
- 3) El tema de la identidad de fundamentos no ha sido expresamente recogido en ninguno de los instrumen-

- tos analizados y en general ha sido solo colateralmente tratado por los órganos internacionales.
- 4) La única excepción sería el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el ámbito acotado de su jurisprudencia en materia de infracciones al Derecho de defensa de la competencia de la Unión. Allí identifica fundamento con interés jurídicamente protegido, al mencionar ese interés como uno de los tres presupuestos de la garantía al lado de la identidad de hecho y de sujeto. Semejante concepción de identidad de fundamento es discutible desde la perspectiva planteada en el punto 1. Es posible que la tutela de intereses distintos no requiera de sanciones distintas, o que la tutela de un mismo interés requiera respuestas diferentes sobre la base de finalidades distintas. Además, el bien jurídico puede tener incidencia en una identidad de hechos establecida normativamente.
 - 5) De todos modos el mismo Tribunal de Justicia ha dejado de lado su propia concepción de identidad de fundamentos cuando se trata del *ne bis in idem* del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. En este ámbito, su visión naturalista del concepto de hecho lo lleva a negar cualquier eficacia al concepto de interés jurídico para legitimar persecuciones múltiples, salvo, claro está, los casos de afectación de intereses esenciales de un Estado prevista expresamente como excepción en ese Convenio.
 - 6) En lo que hace a los órganos de Derechos Humanos, ellos se han referido sólo de manera colateral a la cuestión, al definir el ámbito de aplicación material de sus disposiciones sobre *ne bis in idem*. El problema central allí es si la prohibición opera en el ámbito administrativo sancionador y en el específicamente

disciplinario. En general la tendencia parece ser a incluir el primero y excluir el último.

- 7) Del análisis de la jurisprudencia de los tres órganos de Derechos Humanos elegidos para este trabajo surge que el que tiene una posición más desarrollada sobre el punto es el Tribunal Europeo. Éste ha considerado que no siempre cabe la superposición de sanción administrativa y penal. Los criterios para distinguir si se aplica o no el *ne bis in idem* (y también a otras garantías penales) pasan por el análisis en cada caso de la naturaleza y finalidad del delito y la sanción. Ello es compatible con el concepto de identidad de fundamento propuesto en el punto 1).
- 8) En cuanto a los Tribunales Penales Internacionales, sólo se avierte una cierta conexión con esta problemática en los Estatutos para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y en relación con una de las excepciones a la garantía: La posibilidad de que el órgano internacional persiga penalmente luego de la intervención de un tribunal nacional, cuando el hecho fue considerado por este último como delito común y no como crimen internacional. En efecto, cabe considerar que existe una necesidad imperiosa de perseguir y castigar adecuadamente crímenes de esta naturaleza, que sólo se satisface cuando el hecho es considerado desde una perspectiva propia y específica, y no cuando se lo trata como delito común. Así y todo, sería necesario verificar en cada caso concreto en qué medida se da esa necesidad diferenciada, y hasta que punto la nueva persecución implica, por el solo hecho de producirse, un trato incompatible con el respeto debido a la persona.

**B) LO PROHIBIDO: LA PARTE “NE BIS” DE LA FÓRMULA**

1) LA SEGUNDA SANCIÓN

a) Prohibición de segunda sanción en general

La prohibición de doble sanción, como manifestación específica del *ne bis in idem* se fundamenta en la necesidad de evitar que la persona sufra un castigo desproporcionado por su conducta delictiva. Esta vertiente de la garantía no ha sido precisamente el aspecto más trabajado de ella en la jurisprudencia de los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales analizados. Semejante déficit de desarrollo no es una novedad sino que se remonta en el tiempo. Como se viera en la parte histórica, a pesar de que en los antecedentes romanos se entendía como una cierta exigencia de justicia que nadie pagara dos veces por lo mismo (ya sea civil o penalmente), lo cierto es que también en aquel entonces la cuestión se analizaba más desde una perspectiva procesal como efecto de la *litis contestatio*, como prohibición de concurrencia de acciones o de multiplicación de acusaciones, o bien en relación con la cosa juzgada.

En el caso de la Convención Americana, la prohibición de doble sanción no aparece de forma expresa, en tanto la fórmula de *ne bis in idem* habla de que el imputado absuelto no podrá ser juzgado nuevamente por los mismos hechos. Una interpretación meramente literal de la norma significaría que el imputado previamente condenado sí puede ser sancionado. La doctrina de los órganos interamericanos no es del todo clara sobre el punto, pues en algunos casos habla de la absolución previa como requisito y en otros ha dicho que la garantía se aplica a quienes han sido procesados, sin distinciones. Ello incluiría tanto a los previamente absueltos como a los previamente condenados. Además, a las mismas conclusiones se puede llegar a partir de una consideración del sentido histórico de la prohibición y de lo que implica su consagración entre las garantías del proceso equitativo.

En el caso del Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos, la referencia a que nadie puede ser perseguido o castigado dos veces es expresa en el art. 4 sobre *ne bis in idem*. Con lo cual no puede haber ninguna duda sobre el alcance de la prohibición. La Corte de Estrasburgo ha citado también en su jurisprudencia esta norma reiterando que la prohibición se refiere tanto a la doble persecución como a la doble condena. Algo similar ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuya letra expresa menciona la doble vertiente.

En cuanto al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, no hay referencia explícita a la prohibición de doble persecución o sanción, ni a absolución o condena previas, sino simplemente a que una persona ya juzgada no puede volver a ser perseguida. Si bien esto despertó algunas dudas en los Estados miembros en punto al alcance del *ne bis in idem* procesal, nunca estuvo en duda que la garantía amparaba contra la posibilidad de doble condena, y así lo resaltó el Tribunal de Justicia en algunos de sus fallos. Por otra parte la consagración expresa de la obligación de computar penas precedentes por los mismos hechos en caso de que opere una de las excepciones a la prohibición, demuestra que la vertiente sustantiva del *ne bis in idem* opera aún cuando se permita una doble persecución. Con lo cual no cabe negar razonablemente su vigencia en general.

También en las disposiciones idénticas sobre *ne bis in idem* de los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda la prohibición se construye en términos generales en punto a que quien ya fue juzgado no podrá serlo nuevamente. La amplitud del texto a este respecto permitiría considerar incluidas ambas vertientes de la garantía, en tanto el segundo castigo presupone un segundo procedimiento que lo imponga. Además, y no obstante la falta de referencias expresas a la prohibición de doble sanción, de manera similar a lo que ocurre en el sistema de Schengen se consagra la obligación de computar penas previas en los casos de que por excepción se pueda perseguir dos veces. Esto parece indicar entonces una protección adicional específica del *ne bis in idem* sustantivo, con lo que en clave de

interpretación sistemática cabe considerarlo también incluido en la fórmula básica.

Finalmente, el art. 20 del Estatuto de Roma establece en sus diferentes incisos que la garantía protege a quien fuera previamente “condenado o absuelto”. Si bien no hay referencia a que se prohíbe “castigar” dos veces, pocas dudas pueden haber en punto a que la referencia a la condena previa es un modo indirecto de aludir a la vertiente sustantiva. Sin embargo, como se verá seguidamente, el texto del Estatuto presenta algunas insuficiencias en lo que hace a la obligación de computar la pena que antes se hubiera impuesto.

b) El principio de cómputo

Además de lo expuesto hasta aquí, parece importante volver sobre el ya mencionado principio de cómputo, es decir la obligación de tomar en cuenta las penas precedentemente impuestas en los casos en que se permita excepcionalmente la doble persecución, algo que ya venía siendo sostenido por el jurisconsulto romano PAULO para los supuestos de concurrencia de acciones penales. Esa obligación de computar constituye una forma de asegurar cierto respeto al *ne bis in idem* sustantivo aún en los casos en que se relativice el *ne bis in idem* procesal al admitirse una nueva persecución. En efecto, si la primera sanción se deduce de la segunda, se podría decir que en cierta forma no hay un doble castigo sino tan solo una ampliación del primero hasta un límite relativamente tolerable que es el de la valoración integral del hecho atendiendo a toda su gravedad. Esto se conecta con el fundamento específico del *ne bis in idem* sustantivo que es, como quedara dicho en el capítulo III, la proporcionalidad de la sanción.

La exigencia de cómputo de sanciones previas no aparece en los instrumentos de Derechos Humanos analizados, pero ello no resultaría problemático en el caso de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos puesto que ellos no consagran expresamente ninguna excepción a la garantía. Sin embargo, en la medida que los órganos de aplicación respectivos (sobre todo la Corte Inter-

americana) han ido creando pretorianamente ciertas excepciones, sería deseable un paralelo reconocimiento de la obligación de computar para garantizar un debido resguardo del *ne bis in idem* sustantivo.

La omisión del principio de cómputo sí parecería algo más problemática en el Protocolo n° 7 a la Convención Europea, pues allí se reconocen expresamente excepciones a la garantía. De todos modos, tales excepciones son únicamente supuestos de reapertura del proceso y no de nueva persecución. Siendo ello así, el problema se relativiza pues el descuento de las privaciones de libertad sufridas por el condenado dentro de un mismo proceso es una exigencia suficientemente garantizada en todos los sistemas jurídicos.

La regulación más llamativa en torno a la cuestión del cómputo de la pena previamente sufrida es sin dudas la del Estatuto de Roma, pues allí se consagran excepciones expresas al *ne bis in idem* que podrían implicar la realización de un segundo proceso, y sin embargo no se establece como obligación la deducción de la pena precedentemente impuesta por la jurisdicción nacional que hubiese intervenido. Únicamente en el art. 78 inc. 2, que está entre las regulaciones sobre imposición de penas y no en el art. 20 sobre *ne bis in idem*, se menciona la posibilidad de tomar en cuenta “cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito”. Pero ello aparece como una opción discrecional y no como exigencia. Una explicación posible de semejante redacción es que las excepciones del Estatuto de Roma no alcanzan a los casos de condena previa sino únicamente a los de absolución, ya que (a diferencia de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*) se regulan allí únicamente los casos en que el juicio anterior fue fraudulento o parcial a favor del acusado. Sin embargo, en la medida en que dentro de la idea de fraude se incluyan también las condenas inusitadamente benignas, sería deseable una disposición más exigente sobre el principio de cómputo.

c) Las reglas concursales

Otra cuestión vinculada con la vertiente sustantiva del *ne bis in idem* es la del concurso de delitos. Es decir, en qué medida una consideración inadecuada de las reglas concursales implica una vulneración de esta vertiente. En general, en cualquier proceso en que el hecho se escinda incorrectamente y se lo subsuma en tipos que concurren materialmente entre sí, se podría llegar a penar al mismo sujeto dos veces si es hallado culpable. La cuestión está en buena medida vinculada con el problema de la identidad de hechos al que ya se hiciera referencia. En los instrumentos de Derechos Humanos y en la normativa de Schengen la cuestión no aparece, y en la jurisprudencia internacional derivada de ellos tampoco, más allá de alguna referencia aislada del Tribunal Europeo a que la punición aumentada en los casos de concurso ideal no es inadmisibles en un sistema en el que la garantía se refiere a identidad de “delitos”. Esta falta de desarrollo es comprensible, pues los órganos internacionales de Derechos Humanos no deciden sobre la culpabilidad de personas ni imponen penas. Tampoco lo hace el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando es consultado en el marco del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (aunque sí al imponer sanciones en materia de defensa de la competencia dentro de la Unión). Es por eso que difícilmente estos órganos afronten la problemática del concurso tan habitualmente como lo han hecho por ejemplo los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

Sin embargo, si las distinciones de las reglas sobre concurso y el consecuente tratamiento punitivo son necesarios para garantizar precisamente el respeto del *ne bis in idem*, la cuestión debería llegar a considerarse a la luz de las garantías constitucionales y los Derechos Humanos. Lo mismo debería ocurrir con el delito continuado y con otros institutos del Derecho Penal: Cualquier sentencia de condena en la que se afirme erróneamente la pluralidad de hechos y se sancione en consecuencia tiene, por su conexión estrecha con el *ne bis in idem*, una dimensión que debería habilitar la actuación de los mecanismos constitucionales e internacionales de protección. Parece insuficiente



tratarla simplemente como una cuestión de derecho común ajena a esas jurisdicciones. De todos modos es cierto que la extendida referencia a sentencia firme como presupuesto del *ne bis in idem* en casi todos los sistemas internacionales estudiados haría prácticamente imposible analizar su posible vulneración dentro de un único proceso.

Respecto del *ne bis in idem* sustantivo puede decirse entonces que:

- 1) La prohibición de doble punición no es el aspecto más expresamente trabajado del *ne bis in idem* en la jurisprudencia de los sistemas estudiados. Ello podría deberse en parte a su obviedad como exigencia asociada al respeto debido a la persona, en particular en su relación con la proporcionalidad de la respuesta sancionadora.
- 2) No obstante esa falta de desarrollo puede sostenerse que la vertiente sustantiva está contemplada en dichos sistemas. En casi todos ellos está de manera expresa. En algunos casos como el del sistema interamericano, se puede considerar implícita.
- 3) Una manifestación importante de la vertiente sustantiva de la prohibición es el llamado principio de cómputo, según el cual resulta obligatorio tomar en cuenta las penas impuestas en el primer proceso en los casos en que se permita la doble persecución.
- 4) Tal principio implica afirmar cierta vigencia del *ne bis in idem* sustantivo, aunque se relativice el *ne bis in idem* procesal. Ello es así por cuanto aunque haya un doble proceso, si opera la obligación de descontar no habría propiamente una segunda sanción sino más bien un incremento de la sanción impuesta hasta el máximo posible conforme la gravedad del hecho.
- 5) Este principio de cómputo no aparece en los instrumentos de Derechos Humanos estudiados. Sólo figu-



ra en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y, en forma mucho más tímida (como mera facultad judicial) en el Estatuto de Roma.

- 6) La necesidad de una consagración expresa de la obligación de computar es más patente en los casos en que se admiten excepciones a la prohibición de *bis in idem*, pues ello posibilitaría que la doble persecución no derive necesariamente en doble sanción, sino a lo sumo en una única sanción más grave.
- 7) La exigencia del respeto a ciertas reglas sobre el concurso de delitos enmarcada en un conjunto claro de criterios para definir los casos de unidad y pluralidad de hechos delictivos también resulta ser un dato especialmente relevante para el adecuado respeto del *ne bis in idem* sustantivo. Si bien esta problemática tiene un impacto general en la garantía a la hora de definir la identidad de hechos, lo cierto es que halla su mayor concreción en relación con el *ne bis in idem* sustantivo específicamente. Lo más habitual es que haya que definir claramente el punto dentro de un mismo proceso, donde la cuestión del *ne bis in idem* procesal ni siquiera se plantea. Pero dada la exigencia de sentencia firme como presupuesto para la aplicación de la garantía en los sistemas de Derechos Humanos estudiados, parecería que la cuestión no puede ser planteada ante ellos sin una reforma de los textos vigentes.

2) EL SEGUNDO PROCESO

Como quedara dicho en el capítulo II, la vertiente procesal presenta en la evolución actual del Derecho Internacional algunos problemas que tienen que ver específicamente con la determinación acerca de qué se entiende por doble proceso. En efecto, si lo prohibido es perseguir dos veces, se hace necesario establecer:

- Si se ha manifestado suficientemente la voluntad estatal de perseguir penalmente, de modo que quepa considerar que existió realmente un primer proceso o una primera persecución en el sentido del *ne bis in idem*.
- Qué tipo de actos estatales pueden considerarse ya como el inicio de una segunda persecución vedada. Por ejemplo si esto ocurre recién con el inicio formal de un nuevo proceso, o si ya se configura el “bis” con la realización de ciertos actos que implican repetición de instancias procesales ya superadas.

a) **El avance requerido en el primer proceso para que el segundo constituya una repetición prohibida.**

Esta cuestión puede analizarse tanto desde la perspectiva del doble riesgo, como desde la cosa juzgada, sin descartar por supuesto cierta relación entre ambas. En efecto, una posibilidad sería tratar de establecer hasta qué punto el avance del primer proceso implicó para el imputado un riesgo tal que su reiteración ha de ser considerada como un trato incompatible con el respeto de la persona. Otro modo de resolver el tema sería mirar qué tipo de resolución puso fin a ese primer proceso, y establecer si ella es una de las que, dentro del sistema, tiene efecto de cosa juzgada material.

En un sistema jurídico perfectamente coherente y armónico, razonablemente debería atribuírsele efecto de cosa juzgada a aquellas decisiones tomadas en una etapa del proceso penal en la que se estime que el imputado fue sometido a un riesgo relevante. Sin embargo,



puede no haber coincidencia sobre este punto. En general, en sistemas procesales más acusatorios, la actividad persecutoria realizada antes del juicio propiamente dicho está manejada por el fiscal, con lo cual la decisión de no seguir adelante puede quedar enteramente en la órbita de un órgano que en muchos países es no jurisdiccional. De este modo, difícilmente quepa atribuirles efecto de cosa juzgada. En cambio, en los sistemas jurídicos donde la etapa previa al juicio está más formalizada y judicializada, es habitual que se atribuya ese efecto a las decisiones que ponen fin al proceso aunque no haya habido propiamente un juicio en sentido estricto.

En general, en los sistemas internacionales analizados en este trabajo, la cuestión ha sido objeto de tratamiento a partir de un concepto que se repite en varios de los textos: el de “sentencia firme”. En el caso de los órganos de Derechos Humanos, La Convención Americana utiliza el giro “absuelto por sentencia firme”, mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se refiere a “condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”, frase que se repite casi con las mismas palabras en el Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

En los instrumentos aquí analizados que consagran un *ne bis in idem* específicamente internacional, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen también habla de sentencia firme, mientras que los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda se menciona simplemente el “haber sido juzgado”, sin referencia al tipo de resolución. El Estatuto de Roma presenta por su parte una redacción mixta, en los diversos incisos del art. 20 sobre *ne bis in idem*. En los dos primeros se habla de “condenado o absuelto”, mientras que en el tercero se habla de “procesado” en la versión castellana, de “jugé” en francés y de “tried” en inglés.

El principal problema en la interpretación de todas las frases transcritas es si la sentencia ha de considerarse en su acepción restringida, es decir como el acto que pone fin al proceso luego del juicio en sentido estricto, o si acaso es posible considerar operativa la prohibición de *bis in idem* antes de una resolución de ese tenor. Es evidente



que esta cuestión solo representa un problema para el *ne bis in idem* procesal, pues la vertiente sustantiva siempre requiere una condena previa (si el acusado no fue penado antes nunca podría ser penado por segunda vez) o bien simultánea (caso de no respeto de las reglas del concurso u otros supuestos de unidad de hecho). Además, también resulta evidente que con la exigencia de una sentencia queda excluida la litispendencia como problema de *ne bis in idem* en los instrumentos internacionales estudiados. La única excepción a esto último sería el Estatuto de Roma en el que cabe considerar incluida la cuestión de la litispendencia desde la perspectiva de la “complementariedad”. En efecto, al regularse los supuestos de admisibilidad de los casos ante el Tribunal Penal Internacional Permanente, se dice expresamente que el Tribunal declarará inadmisibile el asunto que esté siendo objeto de investigación o enjuiciamiento por un tribunal nacional (art. 17, inc. 1 sub-inc. a).

Retomando el problema del concepto de “sentencia”, hay que decir en primer lugar que en el sistema interamericano de derechos humanos la cuestión no está muy clara. La Corte parece seguir en algunos precedentes el concepto estricto de sentencia firme, mientras que la Comisión ha tratado de darle más amplitud a la noción, refiriéndola también a decisiones que ponen fin a la persecución tomadas en etapas previas del proceso, inclusive algunas dictadas en la órbita del ministerio público.

En el sistema europeo de Derechos Humanos, la Corte de Estrasburgo tiene dicho, citando la exposición de motivos del art. 4 del Protocolo N° 7 sobre *ne bis in idem*, que una sentencia definitiva es aquella decisión que adquiere fuerza de “cosa juzgada”, y que esto último ocurre cuando es irrevocable, es decir cuando ya no se dispone de recursos ordinarios, o cuando cuando las partes han agotado esos recursos o han dejado expirar el plazo para interponerlos. Por otro lado, la mención explícita de esa norma a la ley penal de cada país, permite considerar que toda decisión que pone fin a un caso penal y a la que el propio Estado parte le atribuye valor de cosa juzgada lo obligaría a abstenerse de ulteriores persecuciones conforme el Protocolo

n° 7. Es decir que la protección en este punto sería variable. El estándar mínimo es la sentencia en sentido restringido, pero un Estado puede obligarse a más si otorga efecto de cosa juzgada a otro tipo de resoluciones.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos de la ONU entiende que el *ne bis in idem* recién comienza a operar como garantía cuando el proceso ha concluido definitivamente en una resolución que no admite, conforme el derecho interno, ninguna forma de impugnación. De este modo la situación es similar a la del sistema europeo de Derechos Humanos.

A su vez el Tribunal de Justicia Europeo, al interpretar el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, ha sido el que con más detalle consideró la cuestión de la sentencia firme. De este modo ha incluido en el concepto cualquier decisión sobre el fondo del asunto dictada en cualquier etapa de un proceso penal, ya sea con sentido condenatorio o absolutorio, más las decisiones sobre prescripción y aquellas que tienen efectos sancionatorios como producto de acuerdos entre partes (estas últimas inclusive si fueron dictadas en la órbita del ministerio fiscal), siempre ellas sean consideradas “finales” conforme el ordenamiento interno de los Estados de la Unión.

El extremo opuesto lo representan los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. En los casos en los que les tocó pronunciarse sobre la cuestión han dejado en claro que la garantía opera únicamente cuando el proceso anterior concluyó mediante un juicio en sentido estricto. Más aún, en algún caso se han incluido también referencias a “sentencia firme” a pesar de que ese no es el giro utilizado en los textos idénticos de sus respectivos Estatutos.

Finalmente, respecto del Estatuto de Roma, solo cabe afirmar que la alusión a persona “condenada o absuelta” en los dos primeros incisos del art. 20 parecen indicar también, en su acepción literal, la existencia de una sentencia firme en sentido restringido. Esos dos incisos regulan respectivamente la prohibición de una segunda persecución ante el Tribunal Penal Internacional Permanente luego de su propia intervención previa, y la prohibición de una segunda persecución

ante cualquier otro órgano jurisdiccional (local o internacional) luego de la actuación de la corte permanente. También el inciso 3, que en su versión castellana habla de la prohibición de *bis in idem* para el Tribunal Internacional cuando alguien “haya sido procesado” por los mismos hechos ante un órgano jurisdiccional local, aunque parece bastante más amplio en nuestro idioma debe interpretarse conforme las versiones inglesa y francesa, en las que los términos empleados equivalen la expresión “haber sido juzgado”. Su alcance no parece entonces muy diferente al de los dos primeros incisos, sobre todo si se lee esta disposición en consonancia con la interpretación que los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda han hecho de la frase análoga de sus respectivos Estatutos.

No obstante lo dicho, al regularse en el Estatuto de Roma la admisibilidad de los casos ante el Tribunal a partir de la idea de complementariedad, se amplía el catálogo de resoluciones de los tribunales nacionales que impiden la intervención posterior del Tribunal Internacional. En efecto el art. 17 inc. 1, sub-inc. b) habla de que el caso será inadmisibile si hubo en sede local un primer proceso concluído porque en el Estado nacional se decidió “no incoar acción penal contra la persona de que se trate”.

Como síntesis de lo expresado cabe afirmar lo siguiente:

- 1) Los textos de los instrumentos internacionales analizados definen a partir de cuándo el primer proceso bloquea una persecución posterior recurriendo fundamentalmente a la mención de cierto tipo de resoluciones y su efecto de cosa juzgada, sin mencionar en concreto el riesgo efectivamente corrido por el imputado. Esto último se toma a lo sumo, como se verá luego, como criterio para consagrar algunas excepciones a la garantía. Es decir para negarla.
- 2) En general los instrumentos consagran expresamente la exigencia de que el proceso anterior haya concluído mediante una sentencia firme, o bien utilizan algún giro de similares alcances. Eso excluye automáticamente la litispendencia como problema del *ne bis in idem* por ellos regulado, aunque hay una



excepción parcial a esto en el Estatuto de Roma en las disposiciones sobre admisibilidad de los casos establecidas dentro de la lógica de la complementariedad.

- 3) No obstante la semejanza de redacción en algunos de los instrumentos estudiados, son bastante disímiles las interpretaciones que los órganos correspondientes realizan de la noción de sentencia firme. Algunos órganos se circunscriben a la finalización del proceso anterior mediante sentencia en sentido estricto, otros reinterpretan la noción como si quedaran abarcadas otro tipo de resoluciones dictadas en etapas anteriores al proceso. En particular el Tribunal de Justicia Europeo al interpretar el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, ha llegado a hablar genéricamente de cualquier resolución sobre el fondo, a la par que incluye acuerdos entre imputado y fiscal sin intervención jurisdiccional y también las declaraciones de prescripción.
- 4) En el sistema europeo de Derechos Humanos y en el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU hay una mayor base en los textos para una interpretación eventualmente más amplia, puesto allí se utiliza la expresión “sentencia firme conforme la ley de cada país”. Por lo tanto, en la medida en que en diversos sistemas jurídicos resoluciones judiciales anteriores a la sentencia propiamente dicha tengan autoridad de cosa juzgada, se podría llegar a considerar que tienen aptitud para impedir ulteriores procesos. De todos modos, esa remisión a la ley de cada país se presenta como una solución de compromiso, que podría generar una aplicación desigual de la prohibición dentro de un mismo sistema de protección de los Derechos Humanos.
- 5) Si se quisiera expresar con mayor claridad la exigencia de que la prohibición de *bis in idem* comienza a operar antes de una sentencia definitiva en sentido estricto, lo más adecuado sería eliminar el giro “sentencia firme” de los textos de los instrumentos y dar en ellos una descripción más precisa del tipo de

resoluciones que eventualmente tendrían ese efecto. De todos modos esto implicaría una solución aceptable de la cuestión sólo desde la perspectiva del respeto de la cosa juzgada.

- 6) Si se quisiera además proteger adecuadamente a la persona del sometimiento a doble riesgo penal, junto con la referencia a cierto tipo de resoluciones (que implicaría ya una cierta consideración del grado de avance del primer proceso) habría que establecer una exigencia de ponderación de los riesgos que para el sujeto implicó esa primera persecución. A partir de allí sería posible establecer con mayor exactitud si el proceso posterior constituye una duplicación intolerable, es decir un *bis in idem*.

b) La segunda persecución prohibida

Habiéndose establecido entonces el alcance del primer proceso a los fines de la aplicación del *ne bis in idem*, se hace necesario establecer qué tipo de actos de persecución posteriores a su finalización quedan prohibidos por la garantía.

En el sistema interamericano, el texto de la Convención Americana habla de que lo prohibido es el “nuevo juicio”. Sin embargo el texto en francés habla de nueva persecución, y el texto en portugués de nuevo proceso. Los órganos de aplicación han entendido también la cuestión con un criterio amplio. De este modo, se puede afirmar que lo vedado es el inicio de una segunda persecución posterior a una resolución firme, ya sea por iniciarse un nuevo proceso o por reabrirse uno que estuviera ya cerrado. No parecen quedar abarcados en cambio por la prohibición otros actos procesales como el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Actos de esa naturaleza seguramente aumentan el riesgo de condena, y eventualmente pueden contribuir a la reiteración de etapas procesales ya cumplidas. Sin embargo, son anteriores a la “sentencia firme” que es actualmente un requisito ineludible para la aplicación de la garantía tal como han sostenido los órganos interamericanos.

En el sistema europeo de Derechos Humanos, también está incluida la prohibición de inicio de una nueva persecución penal, ello se advierte sobre todo en su texto francés que habla de una prohibición de ser perseguido (“*Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement...*”). Además, la ya mencionada referencia del texto del Protocolo a una “sentencia firme” pone de manifiesto que los recursos contra la resolución no firme serían compatibles con la prohibición. Sin embargo el Tribunal Europeo ha trazado una distinción: Si se trata de recursos ordinarios no quedan vedados por la garantía. En cambio los recursos extraordinarios en principio sí quedan abarcados por la prohibición, pero de todos modos se los admite por vía de excepción, como un caso lícito de reapertura contemplado por el art. 4 inc. 2 del Protocolo n° 7. Parecería también que, cuando por cualquier otro tipo de decisión tomada por una autoridad de un Estado surja la posibilidad concreta y próxima de que una persona deba soportar un segundo proceso penal o la reapertura de uno concluido (fuera de los casos expresamente autorizados), ya se podría haber visto vulnerada la garantía. Pero falta especificar más en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo cuáles podrían ser estos supuestos.

En el sistema del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, más allá de lo poco claras que resultan en este sentido las afirmaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, hay elementos para pensar que lo prohibido es en principio el inicio de un segundo proceso, es decir cualquier manifestación que implique el comienzo de una segunda persecución penal contra una persona. En cuanto a los recursos contra la sentencia absolutoria, no parece que ellos puedan quedar vedados por el *ne bis in idem* del Pacto cuando ni el texto legal le da ese alcance a la garantía, y el propio Comité parece dispuesto a aceptar excepcionalmente la posibilidad de reapertura de causas penales ya cerradas sin discriminar casos de condena o absolución.

En el ámbito del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen se regula la prohibición cuando la repetición de procesos se da en dos Estados diferentes de la Unión Europea. Por eso resulta evidente que la cuestión de la reapertura o del recurso contra la sentencia

absolutoria no quedan abarcados. En efecto, estas cuestiones se refieren a la persecución dentro de un mismo Estado. Por lo demás, la prohibición sí abarca la segunda persecución. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se sintió obligado a aclarar que efectivamente está prohibido el nuevo proceso, pues esto era cuestionado por algunos Estados que pretendían reducir el *ne bis in idem* del Convenio únicamente al principio de cómputo. La idea fuerza en el Tribunal de Justicia es que la libre circulación dentro de la Unión se vería afectada si se permite más de una persecución por los mismos hechos, independientemente de que la persona haya sido antes condenada o absuelta.

Por su parte, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda contienen también disposiciones referidas mayormente a un funcionamiento internacional de la garantía. Es decir que se niega la posibilidad de que el individuo sea juzgado nuevamente por un tribunal nacional luego de haber sido juzgado por el órgano internacional, y viceversa. Sólo que en este último caso rigen excepciones. Ahora bien, aunque no está explícito en los Estatutos, se vio oportunamente que cabe también considerar que la garantía prohíbe razonablemente una segunda persecución ante los Tribunales *ad hoc* si la misma persona ya fue juzgada previamente ante el mismo Tribunal. En este supuesto entonces, tiene sentido plantear si el *ne bis in idem* procesal tiene mayores alcances, prohibiendo el recurso contra la sentencia absolutoria. Sin embargo, la expresa consagración del recurso de la acusación en los mismos Estatutos impide por completo atribuirle semejante alcance al *ne bis in idem*. Esto ha sido implícitamente confirmado en varias oportunidades por las Cámaras de Apelación de ambos Tribunales al abrir recursos del fiscal contra absoluciones de las Cámaras de Juicio y aún dándole la razón. Además la cuestión ha sido objeto de tratamiento expreso en algún caso aislado en el que se reafirmó que efectivamente el recurso de la acusación no puede entenderse como contrario a la garantía los Estatutos. De hecho los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* llevan todavía más lejos la cuestión al permitir el pedido de revisión de la sentencia firme por el fiscal, aún en perjuicio del acusado. Es decir que no solo



está permitido el recurso contra la sentencia absolutoria no firme sino también, y esto obviamente resulta criticable, la revisión de la sentencia absolutoria firme.

Similar, aunque no idéntica, es la situación del Estatuto de Roma, art. 20 inc. 2 e inc. 3, donde se regulan dos supuestos de *ne bis in idem* internacional (entre el Tribunal Internacional y los tribunales estatales). Allí no cabe considerar la problemática del recurso del fiscal o de la reapertura. Sí interesa destacar de todos modos que lo prohibido es el nuevo juicio según las versiones inglesa y francesa, y el nuevo proceso según la versión española. Si se sigue a los dos primeros idiomas se podría llegar a entender que no alcanzan a vulnerar la garantía los actos de investigación previos al segundo juicio en sentido estricto, mientras que la versión castellana podría interpretarse en el sentido de que no se admite ningún tipo de actividad persecutoria por segunda vez. Sea como fuere, parece lo más sensato no admitir ningún tipo de persecución posterior a un primer proceso concluido, pues sería un dispendio absurdo admitir una investigación que se sabe de antemano que nunca podría llegar a juicio.

También regula expresamente el art. 20 inc. 1 del Estatuto de Roma un supuesto de *ne bis in idem interno* (respecto del propio Tribunal ante las decisiones previamente tomadas por cualquiera de sus salas). Allí sí tendría sentido plantearse el problema del recurso de la acusación contra la sentencia absolutoria. Sin embargo, estando también tal recurso expresamente previsto en el mismo Estatuto (art. 81), no cabría afirmar su invalidez si se han de interpretar armónicamente todas sus disposiciones. Es cierto de todos modos que el recurso contra las absoluciones se admite en menos casos que el recurso del imputado. Además, a diferencia de los Estatutos de los Tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, no está prevista en el Estatuto de Roma la posibilidad de revisión de la sentencia firme por pedido del fiscal.

En resumen, puede afirmarse lo siguiente:

- 1) El *ne bis in idem* procesal impide concretamente que, una vez finalizado el primer proceso, se inicie otro en contra del mismo sujeto por los mismos hechos y



fundamento. Esto implica que no puede realizarse ninguna actividad que implique sometimiento del sujeto a proceso como imputado. Si bien en algunos de los sistemas estudiados (como por ejemplo en la versión castellana de la Convención Americana de Derechos Humanos o las versión inglesa del Estatuto de Roma) la utilización de la voz juicio podría generar alguna duda en cuanto a si lo prohibido es el nuevo proceso o el nuevo juicio en sentido estricto, se impone la interpretación que incluye al proceso en su totalidad.

- 2) Una segunda manifestación importante de esta vertiente es la prohibición de reapertura de los procesos penales concluidos. Esta es obviamente una consecuencia relevante únicamente desde la perspectiva del *ne bis in idem* interno (del mismo tribunal nacional o internacional). No obstante, en los sistemas de Derechos Humanos estudiados está contemplada la posibilidad de reapertura por vía de excepción a la garantía, y en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda por vía del recurso de revisión en cabeza del fiscal. En este sentido el Estatuto de Roma limita la posibilidad de revisión sólo a favor del condenado, como ocurre en el sistema jurídico argentino. Obviamente esta última forma de revisión no podría considerarse nunca una violación del *ne bis in idem* pues no tiende a la ampliación del riesgo penal sino a su disminución.
- 3) Una tercera consecuencia posible del *ne bis in idem* procesal es la prohibición de repetición de etapas procesales ya cumplidas, en particular del juicio en sentido estricto, y la consecuente veda de cualquier actividad procesal cuya consecuencia sea la posibili-

dad de un nuevo juicio como por ejemplo el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Esta forma de entender la garantía está muy extendida en los países anglosajones. Sin embargo no ha sido recogida en ninguno de los sistemas estudiados. Ya sea porque se entiende al *ne bis in idem* como algo posterior a una resolución judicial “firme” (como en los sistemas de Derechos Humanos) o porque se prevé expresamente el recurso de la acusación en el mismo instrumento en que se consagra la garantía (como en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y el del Tribunal Penal Internacional Permanente).

- 4) Una cuarta consecuencia del *ne bis in idem* procesal en los casos de aplicación internacional de la garantía es la prohibición de extradición y de otros actos de colaboración en materia penal con aquel Estado que lleva adelante el segundo proceso. Este aspecto no fue mayormente desarrollado en este trabajo, más allá de algunas referencias aisladas sobre la cuestión que se precisarán en el apartado siguiente.

C) OTRAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

- 1) LA POSIBILIDAD DE UNA APLICACIÓN INTERNACIONAL DE LA GARANTÍA

El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales ha significado, entre muchas otras cosas una relativización de la concepción según la cual el Derecho Internacional regula únicamente las relaciones jurídicas entre los Estados. La persona humana es ahora un sujeto del Derecho Internacional. Sin embargo esta evolución no

parece tener los mismos alcances operativos con todos y cada uno de los derechos y garantías reconocidos en las normas internacionales. Así, el *ne bis in idem* consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos sigue siendo entendido fundamentalmente como una garantía de alcance local. Esto resulta hasta cierto punto paradójico, pues como ya se venía planteando desde el siglo XIX, la garantía goza de un amplísimo reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de los Estados y posee un frondoso árbol genealógico en el que lucen antepasados romanos y aún griegos. Es posible argumentar a favor de ella desde casi cualquier perspectiva iusfilosófica. En efecto, el *ne bis in idem* puede ser vinculado a criterios de justicia material, se puede constatar empíricamente su vigencia generalizada en la práctica jurídica de la mayor parte de los países, está consagrado positivamente en tratados, constituciones y códigos.

Se puede afirmar en definitiva la correspondencia de la prohibición de *bis in idem* con el estado actual de la evolución jurídica de la humanidad. En comparación con otras garantías del proceso equitativo reconocidas internacionalmente (como podría ser el el recurso del imputado contra la sentencia de condena) ostenta el *ne bis in idem* un abolengo envidiable. Sin embargo hay que reconocer que otras garantías fundamentales no plantean siquiera la posibilidad de una aplicación internacional. Dicho con otras palabras, cuando un Estado firma un convenio de Derechos Humanos, en general está afirmando ante la comunidad internacional que asume la obligación de respetar los derechos y las garantías de las personas sometidas a su jurisdicción, y que asumirá la responsabilidad por las violaciones que cometan cualquiera de sus órganos internos. En cambio la aplicación internacional del *ne bis in idem* implicaría además que el Estado se compromete a subordinar el ejercicio de su propio poder penal a la determinación previa de si otro Estado intentó ejercer o no ese poder. Si ya la adhesión a un instrumento de Derechos Humanos implica una relativización del concepto tradicional de soberanía, un *ne bis in idem* internacional conlleva a una relativización todavía mayor que los Estados no parecen estar dispuestos a aceptar plenamente. Aún en procesos de integración tan

desarrollados como el de la Unión Europea la evolución es muy lenta y no exenta de dificultades y resistencias.

Hay entonces en el *ne bis in idem* internacional un plus de reducción de la soberanía que otras garantías no tienen, y esto ha hecho en la práctica que se vea un tanto desdibujada su dimensión de garantía de la persona humana. El problema deja de ser si el individuo ha sufrido o no previamente un castigo o un riesgo relevante de ser castigado, y pasa a ser hasta qué punto el propio Estado está obligado por las decisiones judiciales tomadas en un Estado distinto. De este modo la respuesta más generalizada es que, salvo un tratado específico que disponga lo contrario, el propio Estado no queda en absoluto obligado. El correlato de ello es la situación en los instrumentos de Derechos Humanos.

En la Convención Americana, el texto no se refiere en absoluto al tema, y los órganos de aplicación no se han pronunciado claramente sobre la cuestión. Cabe pensar que una cierta interpretación progresiva permitiría en principio una evolución en dirección a un *ne bis in idem* internacional, pero todavía no parece haber un consenso suficientemente fuerte en los Estados en esta dirección. En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el texto tampoco es claro en punto al alcance solo nacional o bien internacional de la prohibición de *bis in idem*. Sin embargo el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha interpretado que la ya mencionada referencia a “sentencia firme conforme la ley y el procedimiento penal de cada país” implica que la garantía rige únicamente en el interior de cada Estado.

En el Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos el texto es muy explícito: Sólo rige la prohibición de doble persecución dentro de la jurisdicción del mismo Estado. La idea de esa limitación era que el alcance internacional de la garantía quedara regulado en la Convención Europea sobre extradición o bien en otro instrumento específico del Consejo de Europa.

En este sentido el ámbito en el que más se avanzó ha sido el de la Unión Europea. En efecto el Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen regula, como quedara dicho, una expresión internacional

de la prohibición entre los Estados miembros. Es por eso que más que de una versión plenamente internacional de la garantía habría que hablar de una expresión intraeuropea que devino en un *ne bis in idem* “cuasi-interno” con la vigencia del tratado de Lisboa por el que se reconoce carácter jurídico vinculante a la Carta de Derechos de la Unión. Si bien algunos órganos de la Unión Europea han planteado expresamente la posibilidad de ampliar los alcances de la garantía en relación con terceros países no miembros, las propuestas siguen sujetando la cuestión al reconocimiento de sentencias, y a la reciprocidad entre Estados. Es decir que el centro de atención no está puesto en la protección de la persona.

En los Estatutos de los tres Tribunales Penales Internacionales analizados en este Trabajo también se regula, como quedara dicho, un *ne bis in idem* específicamente internacional. Esto es parte de una evolución según la cual, ante ciertos crímenes en cuya persecución está interesada toda la humanidad, es razonable que no se superpongan las sanciones que pretendan imponer los Tribunales Penales Internacionales o los Estados que afirmen su jurisdicción. El *ne bis in idem* en este ámbito vendría a constituir el reverso limitador del principio universal. Sin ante ciertos hechos una persona puede ser perseguida penalmente en cualquier Estado más allá de los criterios tradicionales de territorialidad o nacionalidad, es necesario tomar en cuenta que, como todas esas eventuales persecuciones tendrían la misma finalidad (idéntico fundamento), no corresponde su acumulación en tanto se refieran a la misma persona y a los mismos hechos. El considerable aumento del riesgo penal que para el imputado entraña la posibilidad de ser juzgado por ciertos hechos en cualquier lugar, encuentra su adecuado límite en la idea de que la persona no podrá entonces ser perseguida y sancionada dos veces por tribunales locales u órganos internacionales distintos en razón de esos mismos hechos.

Además de las expresadas, hay también otras manifestaciones internacionales del *ne bis in idem* que no fueron trabajadas aquí más que colateralmente. La más patente es el reconocimiento de la garantía en los instrumentos de extradición, colaboración penal y reconoci-



miento de sentencias extranjeras. Si bien no se ha emprendido aquí un análisis sistemático de esta cuestión, se ha dicho algo al respecto al exponer la normativa de Schengen, y su relación con otras normas sobre *ne bis in idem* de la Unión Europea. Es por eso que se puede plantear como esbozo que en esta materia los problemas específicos de la garantía son: a) Si el *ne bis in idem* se toma o no como elemento para rechazar la extradición, la colaboración o el reconocimiento. b) En caso afirmativo si va constituir un supuesto de denegación facultativa u obligatoria (o si esto último dependerá del grado de avance del primer proceso). c) Si esta manifestación del *ne bis in idem* procesal operará sólo en función de que la primera persecución haya tenido lugar en el Estado requerido, o si será aplicable también cuando la persecución anterior haya tenido lugar en terceros Estados.

Sacando las cuestiones específicas antes enumeradas, el *ne bis in idem* en los instrumentos de extradición, colaboración y reconocimiento de sentencias presenta también los mismos problemas generales antes enunciados sobre los presupuestos de la garantía, sus diferentes vertientes y los alcances de éstas.

En definitiva:

- 1) Hay una creciente internacionalización del *ne bis in idem*. Ella puede atribuirse en parte a procesos de integración entre Estados, a su aparición en instrumentos de Derechos Humanos, y a la evolución del Derecho Penal Internacional.
- 2) De todos modos la garantía no deja de ser entendida como una de alcance eminentemente local, y es solo internacional por excepción.
- 3) Si bien la persona humana es sin dudas sujeto del Derecho Internacional, de todos modos en lo que hace al ejercicio del Poder Penal estatal, sigue primando la preservación de la propia soberanía frente a otros Estados y no tanto una consideración hacia ella.

- 4) Además, en la ampliación del *ne bis in idem* internacional van involucrados problemas que hacen a la identidad de sujetos hechos y fundamentos que deben superarse para lograr una mayor difusión de la garantía.

2) LAS EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL *NE BIS IN IDEM*

Lo primero que corresponde poner de resalto respecto de las excepciones al *ne bis in idem* en los instrumentos internacionales analizados, es que la mayoría de ellos prevé expresamente casos de no aplicación de la garantía. Y aún en aquellos que, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contienen excepciones expresas, los órganos de aplicación correspondientes se han encargado de elaborarlas por vía de interpretación.

La Corte Interamericana en general ha venido considerando inaplicable la prohibición de *bis in idem* cuando existen violaciones a las garantías del proceso equitativo que llevan a invalidar un procedimiento penal, y como consecuencia de ello se repite la persecución. Así, el imputado carga con los defectos en la persecución en los que puedan haber incurrido los órganos estatales, tanto en caso de condena como de absolución. Es cierto de todos modos que, en muchos de los casos en que un proceso resulta anulado el retroceso a etapas previas implica una prolongación de un único riesgo penal. En estos supuestos la persona se encuentra específicamente amparada por la garantía del plazo razonable de duración de los procesos, orientada también a evitar abusos.

Sin embargo, cuando la anulación fuera posterior al cierre definitivo de la causa, ello constituiría, desde la perspectiva del *ne bis in idem*, un caso de reapertura que debería en principio quedar vedado por la garantía. En estos casos la anulación constituye claramente una excepción que además de negar la fuerza de la cosa juzgada, podría eventualmente afectar las vertientes procesal y sustantiva de la prohi-

bición. Tal excepción está ampliamente extendida en los ordenamientos jurídicos cuando se trata de condenas erróneas, a través de la regulación de la revisión de la sentencia favorable al imputado. Sin embargo, en la jurisprudencia interamericana no se distingue entre reapertura favorable al imputado y reapertura perjudicial para él.

En realidad, parte del problema viene dado por el efecto que quepa atribuirles a las decisiones de la Corte Interamericana en el Derecho Interno. Así, una sentencia condenatoria firme dictada por un tribunal nacional que a criterio del órgano internacional vulnera las garantías del proceso equitativo, implica luego un desafío para los órganos locales, sobre todo en procesos penales complejos o de gran trascendencia pública. Esto podría explicar la actitud que a propósito del *ne bis in idem* en los casos de anulación ha tenido la Corte Interamericana. Pero ello no justifica de todos modos que la persona cargue con los errores del Estado debiendo soportar la duplicación del riesgo penal.

Pero más allá de ese primer supuesto, la Corte Interamericana ha llegado a reconocer ulteriores excepciones a la garantía en los casos de crímenes contra la humanidad y de hechos constitutivos de violaciones a derechos humanos. En este sentido, su jurisprudencia actual indica que el *ne bis in idem* no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

En otras palabras, la Corte Interamericana ha tomado las excepciones a la garantía existentes en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y las ha erigido en exigencias del sistema interamericano de Derecho Humanos en relación con la obligación de investigar y sancionar penalmente las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención Americana. Pero además, no contenta con

semejante extrapolación de excepciones, ha llegado a sostener también que si aparecen nuevas pruebas en relación con un caso penal ya concluido en que se investigaban hechos constitutivos de violaciones de los Derechos Humanos, debe ceder la protección del *ne bis in idem* ante la obligación de investigar y sancionar. No se distinguen supuestos de desestimación, sobreseimiento o aún sentencia absolutoria.

En síntesis, podría decirse que en los casos de violaciones a derechos humanos el *ne bis in idem* prácticamente no rige para la Corte Interamericana y la persona quedaría permanentemente expuesta a la reiteración riesgo penal. Quizás el único límite a la renovación de la persecución implícito en la argumentación de la Corte sea una sentencia condenatoria a una pena grave. Es decir que solo mantiene una relativa vigencia el *ne bis in idem* sustantivo.

En el sistema europeo de Derechos Humanos, el art. 4 del Protocolo n° 7 a la Convención contiene en su inc. 2 un par de excepciones a la prohibición previstas como supuestos de reapertura de los casos penales a partir del descubrimiento de la prueba de nuevos hechos o de hechos recientemente descubiertos, o de la existencia de un defecto fundamental en el procedimiento previo que pudiera haber afectado el resultado del caso. La primera referencia a los nuevos hechos es muy amplia, resultando posible la revisión de lo decidido aún en contra del interés del acusado. Además puede tratarse tanto de la aparición de pruebas nuevas como de el estudio de los hechos del caso mediante tecnologías no disponibles al momento del juicio.

La segunda excepción contenida en el mencionado inc. 2 es la referida a los graves defectos en la tramitación del procedimiento. Ella tampoco aparece de manera expresa en otros instrumentos de Derechos Humanos que consagran la garantía. Sin embargo, está en sintonía con las interpretaciones de la Corte Interamericana a este respecto, puesto que la idea de “defectos fundamentales” resulta similar a la noción de nulidad absoluta. Parecería entonces que, si el derecho local así lo dispusiera, una absolución gravemente defectuosa podría ser siempre objeto de revisión, independientemente de su firmeza y aún de la buena fe del Tribunal que la dictó. No se fijan límites temporales



precisos en la disposición comentada. Tampoco parece que esta excepción pueda limitarse a los casos en que la primera persecución estuvo fraudulentamente orientada a proteger al imputado, ya que proceso defectuoso y proceso fraudulento no son construcciones equivalentes. Dada la amplitud de las excepciones formuladas, cabe pensar que más que ante excepciones se está ante una forma bastante estrecha de concebir la protección que dispensa el *ne bis in idem* dentro del sistema europeo de Derechos Humanos, sobre todo en su vertiente procesal.

En cuanto al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no se prevé en su articulado ninguna excepción expresa a la vigencia del *ne bis in idem*. Sin embargo, al igual que en el sistema interamericano, el órgano de aplicación ha avanzado en dirección a reconocerlas. Concretamente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha considerado que existen “circunstancias excepcionales” que permitirían la reanudación de causas penales ya concluidas. La fórmula, de por sí genérica, no ha sido utilizada en un caso concreto sino en una observación general. Con lo cual es prácticamente imposible establecer con claridad los supuestos a los que resultaría aplicable. Cabe hipotizar de todos modos que el Comité ha tenido en miras casos de reapertura similares a los previstos en el sistema europeo de Derechos Humanos.

En lo que hace al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, las excepciones allí consagradas a la vigencia del *ne bis in idem* surgen del carácter eminentemente internacional que tiene la garantía en ese instrumento. Es decir, que parten de considerar que un Estado puede tener razones de peso para querer llevar adelante su propio proceso penal, aún cuando la misma persona haya sido previamente sometida a proceso en un Estado distinto por los mismos hechos. La primera excepción está expresada en el art. 54 del Convenio. Las restantes están agrupadas en el art. 55 inc. 1.

La excepción del art. 54 opera cuando un imputado ha sido condenado por sentencia firme pero no ha cumplido su sanción y aún puede cumplirla según la ley del Estado que lo condenó. En tal caso podría ser válidamente sometido a proceso y condenado en otro Esta-

do parte del Convenio por esos mismos hechos. Esta excepción tiende a evitar lagunas de impunidad por la huída del imputado a un Estado distinto. Aunque dentro de la Unión Europea se ha señalado que, en la medida en que el segundo Estado pueda ejecutar la sentencia del primero, o bien esté obligado a extraditarlo al primero para que se cumpla la sanción impuesta, la excepción perdería en buena medida su razón de ser.

Por su parte el art. 55 inc. 1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen regula una serie de excepciones que los Estados pueden invocar únicamente si hicieron previa declaración expresa al respecto, como una suerte de reserva expresamente admitida a la vigencia del *ne bis in idem* intraeuropeo. La primera de ellas es la excepción de territorialidad. Según ella, la sentencia penal dictada por un Estado que carece de todo vínculo territorial con el hecho, no sería de ningún modo oponible a un Estado que sí tuviera ese vínculo. Se trata de una manera de garantizar la primacía del principio de territorialidad en la aplicación de la ley penal. En este sentido, la tendencia en la doctrina y en los diferentes órganos de la Unión es considerar que no correspondería reducir el alcance del *ne bis in idem* de este modo, sino más bien generar un mecanismo para la asignación de la competencia penal entre los Estados miembros tomando en consideración la cuestión de la territorialidad como uno de los criterios relevantes.

La segunda excepción tiene que ver con la afectación de los intereses esenciales del Estado. Un Estado que, mediante un hecho criminal determinado, viera afectados sus intereses esenciales, podría eventualmente realizar una segunda persecución contra la persona que hubiera cometido ese hecho. Esta excepción podría considerarse en principio como un caso de no aplicación de la garantía por falta de identidad de fundamentos. En efecto, cabría pensar que el Estado que realiza un segundo proceso penal invocando esta situación estaría persiguiendo un fin legítimo diverso de aquel que llevó adelante el primer proceso. Sin embargo, no hay en la regulación actual de la excepción ningún mecanismo que permita analizar en concreto la necesidad de la intervención penal del Estado cuyos intereses esenciales se han visto



afectados. Basta con que se invoque la afectación de tales intereses para que la excepción opere. Por lo demás, la regulación le permite a cada Estado declarar con bastante autonomía cuáles considera que son sus intereses esenciales, con lo cual la amplitud de la excepción es muy considerable.

Finalmente, el Convenio acepta como excepción al *ne bis in idem* el caso en que el Estado que pretende llevar adelante el segundo proceso penal por los mismos hechos busca castigar a uno de sus funcionarios públicos cuyo hecho delictivo implicó el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Si bien esta excepción está en cierta medida vinculada con la anterior, en el sentido que garantizar el buen desempeño de sus funcionarios podría verse como un interés relevante del Estado, igualmente su formulación actual resulta vaga pues no resulta posible saber con certeza si el Estado se encuentra habilitado a perseguir por segunda vez únicamente al funcionario, o si puede perseguir también a otros partícipes del hecho de éste. En conexión con lo anterior, tampoco queda claro si se requiere que el incumplimiento de la función sea precisamente el delito considerado, o si acaso basta con que el incumplimiento constituya un tramo de una conducta delictiva más amplia. También resulta importante destacar que la finalidad legítima que pueda perseguir el Estado mediante la sanción de sus funcionarios que incumplan deberes puede verse eventualmente satisfecha por la pena que se le imponga al mismo sujeto en otro Estado, o por la sanción disciplinaria que él mismo puede llegar a imponer. Es decir que no está suficientemente claro que la segunda intervención estrictamente penal del Estado del funcionario sea siempre necesaria como para justificar una excepción planteada en términos tan generales.

Los Estatutos de los Tribunales Penales internacionales contienen también excepciones a la prohibición. Ellas rigen únicamente para la aplicación internacional de la garantía (cuando la primera persecución se llevó a cabo ante un tribunal local) y a los efectos de posibilitar la posterior intervención del Tribunal Internacional.

En el caso de los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda las disposiciones idénticas sobre *ne bis in idem* de los respectivos Estatutos establecen el supuesto de que el tribunal local consideró al hecho como delito ordinario, o no actuó en forma imparcial ni independiente, o llevó adelante un proceso orientado a proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

La excepción de delito ordinario es una particularidad de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* que no se repite en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente. Ella opera cuando en el primer proceso la conducta fue tratada sin considerar su carácter de crimen internacional. Esto podría conectarse con la necesidad de una valoración integral del hecho, y con el problema de la identidad de fundamentos, en la medida en que se entienda que la punición de la conducta como delito común no satisface suficientemente la necesidad de castigo de los crímenes contra la humanidad cuya sanción persigue una finalidad legítima diversa. En este sentido lo más adecuado sería realizar en cada caso concreto un análisis de esa necesidad adicional de castigo, más allá de la calificación. Pero el texto de los Estatutos no lo exige.

Por otra parte, en los casos en que el sujeto resulta absuelto ante el tribunal nacional, suponiendo que no se trató de un proceso fraudulento, no parece razonable que el Tribunal Internacional pueda intervenir en segundo término aunque el hecho haya sido considerado como delito común. Si un imputado sufrió un auténtico riesgo de ser condenado ante un Tribunal Nacional por un cierto delito, por ejemplo homicidio, cabe cuestionar que deba sometérselo a un segundo proceso por genocidio basado en esa misma muerte. Sobre todo si se negó la participación del acusado en la muerte acaecida (o motivo similar), pues entonces no habría exigencia de valoración integral que legitime el proceso posterior, en la medida en que no habría en realidad ningún hecho penalmente relevante que valorar íntegramente.

Las demás excepciones suponen un análisis crítico del proceso penal nacional, para determinar si estuvo orientados a proteger al acu-

sado de la sanción penal. El caso de proceso fraguado es claramente una excepción razonable, y aún se podría discutir si es una auténtica excepción. En efecto, si el primer proceso se siguió fraudulentamente puede no haber generado un auténtico riesgo para el imputado, y por ello el segundo no constituiría en realidad un *bis in idem* entendido como *double jeopardy*.

En cuanto a la falta de independencia e imparcialidad, no está del todo claro si ellas operan en contra del acusado o a su favor. Si se las interpreta junto con el supuesto de fraude, quedarían abarcados únicamente los casos en que se favoreció a los acusados. Es interesante constatar en este sentido que en el Estatuto de Roma la excepción de falta de independencia e imparcialidad del art. 20, inc. 3, sub-inc. b), opera únicamente si al mismo tiempo el procedimiento es conducido de manera inconsistente con la intención de someter al acusado a la justicia. Ello es razonable pues los Tribunales Internacionales no buscan controlar los procesos locales para resguardar las garantías de los acusados, sino que más bien tratan de asegurar la persecución y sanción de los crímenes contra la humanidad. La protección de los derechos de los acusados es asunto de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos.

El supuesto de falta de diligencia tampoco es claro. Parecería que solo es relevante la que favoreció al acusado. La referencia a que la causa no haya tramitado con la “diligencia necesaria” supone un análisis acerca de la actuación de los órganos que intervinieron en el proceso local. Pero si tales órganos se hubieran conducido conforme las posibilidades que tenían al momento de llevar adelante el primer proceso, no cabría aplicar la excepción aunque luego se obtuvieran nuevas pruebas acerca de la culpabilidad del acusado que de ningún modo estaban disponibles antes. Falta de diligencia no debería ser tomado como sinónimo de decisión errónea.

De manera muy similar, el art. 20 inc. 3 del Estatuto de Roma contiene también excepciones expresas que autorizan la intervención del Tribunal Penal Internacional Permanente luego de que la persona fuera juzgada ante una corte local. Se habla allí del proceso fraudulen-



to (por el cual se pretende sustraer al acusado de su responsabilidad) y también de falta de independiencia e imparcialidad o cualquier otra forma de trámite incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Además de la ya mencionada ausencia de la excepción de “delito común”, otra diferencia importante con los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* es que no hay aquí ninguna referencia a la falta de diligencia en la primera persecución. También parece más claro en el Estatuto de Roma que la cuestión de independiencia e imparcialidad se mide en función de la falta de intención de llevar al acusado ante la justicia, sobre todo si se atiende a las versiones inglesa y francesa de su texto y se la analiza sistemáticamente con el criterio de admisibilidad consagrado en el art. 17 inc. 2, sub-inc. c). En este sentido las excepciones del Estatuto de Roma son más precisas y acotadas que las de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y también que a las discutibles extrapolaciones argumentales de la Corte Interamericana.

Como conclusión y síntesis de lo expuesto, es posible sostener que:

- 1) En todos los sistemas jurídicos estudiados se afirma la existencia de excepciones a la vigencia del *ne bis in idem*. En la mayoría de ellos tales excepciones son expresas. En el sistema interamericano y en el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos han sido los órganos de aplicación quienes las crearon pese a no estar consagradas en los textos legales.
- 2) Las excepciones varían bastante entre los diferentes sistemas estudiados, y en cada caso parecen perseguir finalidades diferentes.
- 3) En el sistema europeo de Derechos Humanos y en el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se autoriza fundamentalmente la reapertura de causas concluidas en algunos supuestos. Allí parece perseguirse la finalidad de que la prohibición sea aceptable para varios Estados en los que tales excepciones rigen dentro de

- su derecho interno. Es decir que se trata de poner un estándar mínimo de protección del *ne bis in idem* aceptable por la mayor cantidad posible de países.
- 4) En el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, las excepciones están dentro de la lógica de un *ne bis in idem* internacional horizontal entre Estados soberanos y pares. Se trata de que la garantía no sea percibida como una limitación excesiva al ejercicio de la soberanía estatal en materia penal. De allí que se permita por ejemplo la segunda persecución en el Estado del territorio donde se cometió el hecho, o en aquel que ha visto afectados sus intereses esenciales, o en el que procura la sanción de uno de sus funcionarios. Algunas de estas excepciones (como la de los intereses esenciales) podrían estar justificadas desde la idea de falta de identidad de fundamentos, cuando el Estado persigue con el proceso penal una finalidad legítima que solo él puede alcanzar. Otras (como la del territorio) implican poner el ejercicio del *ius puniendi* por encima de la persona.
- 5) En los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y en el sistema interamericano las excepciones al *ne bis in idem* están orientadas a que la garantía no obstaculice la sanción de crímenes contra la humanidad. Frente al objetivo de asegurar que ciertos hechos particularmente graves sean indefectiblemente sancionados se limita el alcance de la prohibición. En algunos casos (como en el Estatuto de Roma) la limitación bien interpretada podría ser aceptable, porque se contemplan supuestos en los que el imputado no ha corrido un verdadero riesgo de ser condenado en el primer proceso. Siendo ello así, el segundo proceso no sería realmente una duplicación inaceptable. En cambio en los Estatutos de los Tri-

bunales *ad hoc* la redacción es más dudosa. El ejemplo más negativo lo constituye sin dudas la jurisprudencia interamericana, donde mediante interpretaciones discutibles la garantía es directamente dejada de lado cuando se trata de la “lucha contra la impunidad” en los casos de violaciones a los Derechos Humanos.

SUMARIO DE CONCLUSIONES

A modo de recapitulación final, conviene sumarizar ahora los principales hallazgos de todo el trabajo en el orden de su desarrollo, siempre tomando en consideración que las conclusiones correspondientes a los capítulos IV a VIII fueron expresamente recogidas en el capítulo IX para una síntesis comparativa y crítica. Por lo tanto en este sumario se presentan primero las conclusiones específicas de los capítulos I a III y luego una ulterior síntesis de las conclusiones ya propuestas en el capítulo IX.

En relación con los primeros tres capítulos, es posible concluir entonces que:

1) El desarrollo histórico del *ne bis in idem* constituye un complejo itinerario que se inicia en el antiguo derecho griego, para plasmarse luego en el derecho romano y el modo en que en él se regulaba el ejercicio de las acciones.

2) Las manifestaciones antecedentes del actual *ne bis in idem* en el derecho romano que están suficientemente documentadas son fundamentalmente tres: el efecto de la *litis contestatio*, las regulaciones sobre concurrencia de acciones y el instituto de la cosa juzgada.

3) En relación con la *litis contestatio*, cuando una acción llegaba a esa etapa se la consideraba agotada o consumida, y no podía ya reproducirse, independientemente de que luego se dictase o no sentencia, y sin importar, en su caso, el contenido de esta. En muchas de las acciones personales previstas en el derecho romano (incluidas las acciones penales del derecho privado), este agotamiento de la acción se daba *ipso iure*; para todas las demás por medio de una *exceptioni iudicium deductae*, que excluía la posibilidad de toda acción nueva.

4) El problema de la concurrencia de acciones penales se planteó en el Derecho Romano con la aparición de leyes sucesivas, a lo largo de la historia, que sin derogar las anteriores, establecían nuevas formas de accionar frente a un mismo hecho criminal. La posibilidad de utilizar una o más de las acciones previstas nunca pudo ser del todo resuelta. Las fuentes romanas que han llegado hasta hoy contienen afirmaciones generales indudablemente contradictorias. Así, hubo jurisconsultos que consideraban siempre prohibido promover acciones diferentes por un mismo hecho criminal, otros que por el contrario reconocían tal prohibición sólo en algunos casos (como iniciar la segunda acción solo por la diferencia de pena en caso de que la segunda permitiera una punición más grave), y un tercer grupo que planteaba la directa negación de la prohibición, de modo que las acciones penales siempre concurrirían (sobre todo si surgían de leyes distintas).

5) En cuanto a la cosa juzgada, el instituto tuvo una evolución compleja. La atribución de ese efecto a las resoluciones sobre el fondo tomadas en casos penales fue variando en las distintas clases de procedimientos penales de la antigua Roma. Inclusive fue variando también la consideración de si la cosa juzgada era oponible únicamente a quien ya había acusado (en los casos de acciones penales del derecho privado) o también a terceros. Sin embargo el principio alcanzó a consolidarse en la época del imperio. Como es sabido, el Digesto recoge expresamente la exigencia de cosa juzgada aún en caso de sentencias erróneas. Además en el derecho romano se desarrollaron los tres presupuestos (identidad de sujeto, de hecho y de causa) que aún hoy se toman en cuenta como base para la aplicación del instituto.

6) En el derecho canónico la prohibición tiene arraigo en las fuentes romanas (sobre todo en la obra de Paulo) y en sus propias referencias bíblicas.

7) También influyó en el desarrollo de la garantía en el Derecho Canónico la obra de los falsificadores, cuyo carácter falso en este tema deriva más que nada de la extrapolación forzada de argumentos de autoridad de los Padres de la Iglesia para fortalecer sus puntos de vista sobre el alcance de la prohibición.

8) En el Derecho Canónico y en el de las incipientes naciones europeas en la Edad Media (tanto en Europa continental como en la Gran Bretaña con algunos siglos de diferencia) el telón de fondo para la afirmación de la garantía parece haber sido el de las disputas entre señores, obispos y reyes, o directamente entre la Iglesia y el Estado, en relación con sus respectivas potestades de juzgar y sancionar penalmente. La afirmación de la garantía en estos casos implicaba hasta cierto punto sostener la preeminencia de la propia potestad de juzgar. Ese problema es paralelo a la actual concurrencia de potestades sancionatorias entre dos o más Estados, entre Estados y Tribunales internacionales, o aún entre estados miembros de una misma federación.

9) Con el fortalecimiento del absolutismo, llegó a imponerse en Europa una versión secularizada del modelo inquisitivo de proceso penal cuyos fundamentos quedaron desdibujados por una praxis que tendía a la consolidación del poder real a partir de la necesidad de paz y de orden. En este contexto la prohibición de *bis in idem*, si bien no dejó de estar vigente, parece haber tenido una operatividad práctica bastante limitada.

10) Lo dicho antes no excluye reconocer que el *ne bis in idem* fue conocido en Europa precisamente gracias a la recepción del derecho romano – canónico. Además existen disposiciones muy ricas y bastante detalladas sobre la cuestión en el derecho hispánico (Partidas de Alfonso X y legislación foral) que no son menos relevantes que otros antecedentes europeos.

11) La prohibición de múltiples sanciones penales resurge luego con una intensidad no exenta de matices en las constituciones, declaraciones y convenios internacionales de la edad contemporánea.

12) El recorrido histórico permite ver en perspectiva las discusiones que en la actualidad se mantienen sobre el alcance de la prohibición de *bis in idem*, y posibilita, sobre todo, verificar cómo la configuración actual de esta forma de proteger a las personas sometidas al poder penal no es en absoluto el producto de un período histórico determinado sino más bien el resultado de una lenta evolución llena



de marchas y contramarchas donde confluyen los aportes del pensamiento clásico y medieval como sustrato primario con el lenguaje y la sistemática general del pensamiento ilustrado.

13) En definitiva, a partir de una conformación más elemental proveniente de su puesta en práctica en el derecho romano, la prohibición fue adquiriendo perfiles específicos derivados de su evolución en contextos históricos y culturales diversos.

14) La fórmula *ne bis in idem*, expresa de manera breve que frente a ciertas circunstancias que se presentan idénticas, la persecución que ya se efectuó o la sanción penal que se haya impuesto, no pueden repetirse. Es por eso que lo primero que hay que determinar para saber si la prohibición resulta operativa es si se está ante esas circunstancias idénticas.

15) La evolución histórica del *ne bis in idem* ha llevado a reconocer a la doctrina y a la jurisprudencia en varios sistemas jurídicos tres “identidades” fundamentales como presupuesto para que la prohibición opere: La identidad de sujetos, la identidad de hechos y la identidad de fundamentos.

16) La identidad de sujetos como presupuesto del *ne bis in idem* plantea algunos problemas cuya resolución parece más condicionada por la concreta configuración de la prohibición en los diferentes ordenamientos. Así por ejemplo, la aplicación de la prohibición respecto de las personas jurídicas, o su operatividad cuando son sancionados por los mismos hechos y fundamento una persona física y una persona jurídica que la primera posee o gestiona.

17) La aplicación de la garantía tanto a personas físicas como jurídicas puede fundarse en que toda restricción inaceptable de derechos de una de estas últimas afecta negativamente el derecho de propiedad o el derecho de asociación de quienes son sus titulares, y en que extender la prohibición a ambas categorías de sujetos parece una limitación razonable al poder penal del Estado que deberá entonces procurar ejercerlo siempre con seriedad y responsabilidad sabiendo que cuenta con una única chance de hacerlo.

18) En cuanto al problema de si ante el delito cometido en el ámbito de una persona jurídica debe responder sólo ésta, sólo la persona física involucrada o ambos, para que se pueda afirmar la vulneración de la prohibición se deberá verificar en el caso concreto que castigar tanto a la persona jurídica como a la persona física resultará en una inaceptable doble afectación de los derechos de esta última por las particulares relaciones existentes entre ambas.

19) La identidad de hechos desde la lógica del *ne bis in idem* que aquí se propone implica una cierta subordinación a los criterios de unidad de realización típica emanados del derecho sustantivo (tales como los del concurso de leyes y de delitos), más un segundo control específicamente procesal para los casos de doble persecución.

20) Se trata de tomar los criterios sustantivos como un primer filtro. Todo lo que el derecho penal señale como un hecho único podrá ser objeto sólo de un único proceso, y las consecuencias punitivas que en ese proceso se impongan deberán respetar también la prohibición de no sancionar dos veces por lo mismo. Al mismo tiempo, lo que desde el derecho sustantivo se señale como hechos escindibles (concurso real) podrá en principio ser objeto tanto de un único proceso, como de procesos sucesivos.

21) Sin embargo, en caso de que se hechos escindibles se persigan en procesos sucesivos, habrá que verificar que el objeto del primer proceso no haya abarcado también de algún modo esos hechos separables. Ya sea porque efectivamente fueron considerados en algún momento de su desarrollo o porque podían serlo fácilmente y la omisión de hacerlo es imputable a los órganos competentes del Estado.

22) También corresponde verificar si las decisiones tomadas en el primer proceso no se han referido también a elementos fácticos comunes y esenciales a todos los hechos separables. Si así fuera, podría afirmarse también la identidad de hechos respecto de esos elementos, al solo efecto de que no se vean modificados en perjuicio del acusado. Ello conducirá en algunos casos a prohibir el proceso ulterior y en otros a condicionar su desarrollo.

23) En cuanto a la identidad de fundamentos, está ha sido considerada históricamente como identidad de causa de la persecución, pero ese criterio debe ser descartado por su connotación exclusivamente procesal.

24) También se habla de la identidad de fundamentos como identidad de bienes jurídicos tutelados, sin embargo el problema del bien jurídico puede ser relevante en algunos casos para definir normativamente la presencia o ausencia de identidad de hechos, y en otros casos de pluriofensividad de un mismo hecho la diversidad de bienes no resulta idónea por sí sola para justificar una persecución o sanción múltiples.

25) Desde la perspectiva aquí sostenida, sólo faltará la identidad de fundamentos si, como consecuencia de un único hecho realizado por un mismo sujeto, el Estado se ve obligado a responder mediante procesos y sanciones separados para realizar fines legítimos diversos, en tanto para la adecuada consecución de esos fines resulte indispensable una respuesta sancionadora distinta. En tal caso quedaría justificada la imposición de más de una sanción, siempre y cuando la afectación que todas ellas producen en conjunto no implique el menoscabo del contenido esencial de un derecho, o un trato acumulativamente tan intenso que implique una directa violación del respeto de la dignidad de la persona.

26) Una distinción básica en relación con la garantía es que ésta es considerada tanto prohibición de una doble imposición de pena a una misma persona por unos mismos hechos y fundamento, como prohibición de doble persecución penal de una misma persona por unos mismos hechos y fundamentos. Esos dos aspectos suelen ser denominados respectivamente como la vertiente sustancial y la vertiente procedimental del *ne bis in idem*

27) Ambas vertientes están, en gran medida, relacionadas, pues comparten diversos elementos tanto en sus presupuestos (las tres “identidades”) como en sus fundamentos.

28) Además, la prohibición de un segundo proceso tiende claramente a evitar en muchos casos la imposición de una segunda sanción.

29) Sin embargo, no hay una relación de total subordinación entre ambas manifestaciones. La prohibición de doble proceso opera a veces aunque no haya ninguna posibilidad de segunda condena, como por ejemplo cuando el acusado resultó absuelto en el proceso anterior. Al mismo tiempo, la prohibición de doble sanción puede actuar aún dentro de un mismo y único proceso, es decir que no requiere del inicio de un segundo procedimiento penal para resultar operativa.

30) La vertiente procedimental de la prohibición en estudio no se refiere únicamente a las exigencias de estabilidad y coherencia en las decisiones válidamente dictadas por los órganos del Estado encargados de la administración de justicia en materia criminal. Esto último es lo propio de la cosa juzgada, que si bien puede ser entendida como una de las expresiones del *ne bis in idem* procesal, no es la única y debe ser adecuadamente distinguida de la prohibición de sometimiento a un doble riesgo penal (prohibición de doble proceso en sentido estricto).

31) Hablar del fundamento del *ne bis in idem* es preguntarse sobre la base de qué valor, principio o regla corresponde limitar la potestad penal del Estado impidiéndole juzgar o castigar más de una vez a una persona determinada por un único hecho delictivo.

32) El *ne bis in idem*”, por ser una norma que tiende a poner freno a una legítima potestad del Estado, constituirá una limitación razonable en tanto y en cuanto se la pueda fundamentar de manera inmediata o mediata en el debido respeto a la dignidad humana.

33) También es posible entender la garantía como exigencia de un auténtico Estado de Derecho, que no es aquel caracterizado simplemente por un cierto procedimiento creador de normas, ni únicamente aquel en el que ciertos contenidos materiales están constitucionalizados (y de este modo condicionan también la validez de las normas), sino principalmente aquel en el que tanto el procedimiento por el cual se crean las normas como el contenido de ellas y los crite-

rios para su aplicación están orientados en última instancia por los principios configuradores de bien común político y dignidad humana.

34) La prohibición de *bis in idem* en tanto se orienta a evitar la repetición formalizada de sanciones o persecuciones penales, mediante los mecanismos de persecución o aplicación de sanciones previstos en el sistema jurídico, puede ser vista también como una exigencia del proceso equitativo.

35) El debido proceso o proceso equitativo incluye la expresión concreta del respeto y la afirmación de la dignidad de la persona en la actividad jurisdiccional del Estado, ya sea estableciendo límites contra posibles abusos o disponiendo mecanismos que permitan al justiciable el mejor ejercicio posible de su derecho a la jurisdicción. Es el ámbito natural en que se entienden y explican los dispositivos de protección que se dan en todo tipo de procedimiento jurisdiccional y de manera más patente en el procedimiento penal.

36) La idea de proceso equitativo constituye así un marco general apropiado para posibilitar la concreción y desenvolvimiento de nuevos mecanismos de tutela, o aún para el perfeccionamiento y extensión de los ya existentes. Ambas vertientes del *ne bis in idem* se insertan perfectamente en esta dinámica.

37) Lo antedicho permite también conectar a la garantía con la idea de seguridad jurídica, pero no en lo que se refiere a la seguridad que proporciona el derecho frente a las posibles afectaciones y daños que las personas pueden sufrir en manos de terceros o por causas naturales (seguridad a través del derecho), sino en la idea de que el derecho debe ser en sí mismo seguro. Esto es, que sea al mismo tiempo cierto, previsible y eficaz, que tenga una racionalidad interna compatible con sus contenidos materiales y que no pueda ser erigido en instrumento para atacar a la persona (seguridad del derecho).

38) En lo que hace específicamente al *ne bis in idem* sustantivo, su fundamento inmediato ha sido objeto de posiciones diversas. La más adecuada, de acuerdo con las proposiciones precedentes, es la que plantea que de admitirse sucesivas sanciones por un mismo hecho, todas ellas consideradas en su conjunto excederían la proporción que

la pena debe guardar con la culpabilidad por el hecho cometido, violándose así el principio de culpabilidad. Sin entrar a desarrollar aquí en extenso el mencionado principio, cabe resaltar su sentido último en vinculación con la dignidad humana, y una de las consecuencias que trae aparejadas: la necesidad de que la pena aplicada guarde cierta proporción con la gravedad del hecho cometido.

39) La vertiente procesal la noción de *ne bis in idem* es claramente tributaria del *double jeopardy* del derecho constitucional estadounidense con sus fundamentos específicos. Ello conecta también con una idea de trato desproporcionado hacia la persona, pero ya no tomando en cuenta la relación entre pena y culpabilidad, sino los mismos males del proceso y los sufrimientos (riesgos) que el estar sometido a proceso implica. Fundamentalmente pesa el riesgo de ser condenado (la proximidad de condena en el primer proceso sería así un dato muy relevante), pero corresponde también mirar al conjunto de los males implicados en general en un proceso.

40) En cuanto a la cosa juzgada en materia penal, el fundamento inmediato parece ser también una proyección concreta de la seguridad jurídica. En este ámbito conviene destacar que confluyen tanto el interés estatal en dotar de estabilidad a las decisiones de los tribunales como expresión de su poder de juzgar, pero también el interés de la persona en que las relaciones jurídicas establecidas en materia penal no sean continuamente modificadas en su perjuicio. Tomar en cuenta sólo la dimensión de interés estatal resulta pues una consideración insuficiente de la cosa juzgada en materia penal.

41) A partir de los fundamentos enunciados es posible prefigurar los alcances de la prohibición y sus límites o eventuales excepciones.

42) De este modo para negar excepcionalmente operatividad al *ne bis in idem* lo más acorde con los fundamentos expuestos es descartar primero: a) que la duplicación de sanciones no importará una desproporción con la culpabilidad por el hecho cometido valorado integralmente; b) que la reiteración del proceso no implicará someter al imputado por segunda vez a riesgos relevantes de modo que ello sea

un trato incompatible con el respeto a su persona; c) que en términos de seguridad jurídica lo perjudicial que de hecho resulta modificar lo previamente decidido por una autoridad judicial se ve adecuadamente contrapesado, ya sea porque la decisión tomada no era manifestación libre del juez o porque lo decidido es tan gravemente injusto que su mantenimiento afecta más la confianza en el derecho y su certeza que la no consideración del efecto de cosa juzgada.

43) Con que tan solo una de las tres manifestaciones antes enumeradas no pueda ser descartada, la prohibición debería mantenerse operativa y bloquear todo intento de segunda persecución o sanción.

Respecto de los sistemas estudiados, analizados a la luz de las consideraciones precedentemente expuestas, cabe concluir lo siguiente:

44) En relación con la problemática de la identidad de sujetos, la cuestión del *ne bis in idem* como garantía que tutela también a las personas jurídicas no ha sido tratada expresamente en ninguno de los sistemas estudiados, aunque en el derecho de Defensa de la Competencia de la Unión Europea se ha aplicado en casos de empresas sancionadas por órganos comunitarios.

45) La omisión resulta obvia en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, pues ellos surgen precisamente para posibilitar que las personas físicas sean sujetos penalmente responsables en el Derecho Internacional.

46) No obstante la mencionada falta de tratamiento específico, en los sistemas de Derechos Humanos se ha discutido de manera más general si la persona jurídica puede ser titular del conjunto de derechos y garantías en ellos reconocidos y amparados.

47) Esto es ampliamente aceptado en el sistema europeo, tanto en ciertas disposiciones del Convenio correspondiente que aluden expresamente a las personas jurídicas, como en la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. En los sistemas Interamericano y del Pacto In-

ternacional de Derechos Civiles y Políticos, los textos de los instrumentos no parecen en cambio permitir semejante extensión. Sin embargo tanto la Corte Interamericana como el Comité de Derechos Humanos de la ONU se han mostrado proclives a incluir a las personas jurídicas.

48) En especial la Corte Interamericana ha sostenido de manera muy general que los derechos de las personas jurídicas se resuelven en los de las personas físicas que son sus titulares o administradores.

49) Semejante afirmación, trasladada al análisis del *ne bis in idem*, podría llevar a considerar que no cabe la sanción a la persona jurídica más la sanción a la persona física que la administra o posee.

50) Sin embargo, como se vio en el capítulo II, semejante conclusión parece criticable por cuanto la sanción a la persona jurídica a lo sumo podría verse como una afectación de sus titulares derivada del riesgo empresarial, y no como una sanción directa a ellos.

51) Desde este punto de vista, la sanción a la persona jurídica sólo debería ser analizada a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como limitación del derecho de propiedad o de la libertad de asociación de sus titulares según el caso, pero no desde la perspectiva específica del *ne bis in idem*.

52) Lo dicho no quita que pueda establecerse en un instrumento internacional de otro tipo, por ejemplo en un contexto de integración, ciertas disposiciones que tutelen directamente a las personas jurídicas y que reconozcan la posibilidad de un *bis in idem* en los casos de doble sanción a estas, tal como ha ocurrido por vía jurisprudencial en el Derecho Comunitario Europeo de Defensa de la Competencia.

53) La identidad de hechos es mejor comprendida considerando aspectos fácticos y normativos, dado que desde una perspectiva que fuera solamente fáctica se podrían segmentar excesivamente los datos de la realidad multiplicando las sanciones, y desde una perspectiva solo normativa, se podría llegar a penar siempre que pudieran

aplicarse a un caso dado normas sancionatorias diferentes. Esto último equivaldría a negar prácticamente siempre una aplicación internacional de la prohibición, salvo los supuestos en que la persecución sucesiva en órganos de Estados diferentes, o bien en un órgano local y otro internacional estuviera basada en una misma norma (por ejemplo un tratado).

54) El análisis normativo y fáctico aquí propuesto en el capítulo II incluye un primer nivel dado por la determinación de la unidad delictiva conforme criterios del Derecho Penal sustantivo, y una segunda verificación basada en la comparación entre el objeto de ambos procesos.

55) En los instrumentos internacionales no rige una única forma de entender la identidad del objeto de la persecución. Las disposiciones existentes varían entre la referencia a la identidad de hechos y la identidad de delitos. Y aún hay instrumentos, como el Estatuto de Roma, que contienen ambas formas. Ello complica el panorama en punto a una difusión consistente de la garantía, que pueda derivar en un mayor respeto de ella.

56) Los órganos de aplicación correspondientes interpretan además de manera distinta esas disposiciones, en algunos casos contradiciendo lo que sería el modo más compatible con el texto legal, agregando así más complejidad.

57) En todos los sistemas estudiados, los órganos internacionales no han alcanzado a desarrollar criterios precisos de distinción entre los hechos que tomen en consideración tanto aspectos normativos como fácticos. Los órganos que más han avanzado en este punto han asumido distintas variantes de un test construido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Blockburger*, que de todos modos constituye una insuficiente expresión de la identidad de “delitos”. Esta tendencia es en parte explicable por cuanto resulta muy difícil un análisis integral cuando se trata de tomar en cuenta tipos penales correspondientes a sistemas jurídicos muy distintos, o bien correspondientes a un mismo sistema jurídico pero que el órgano internacional

que debe decidir sobre la violación de la garantía no puede conocer suficientemente.

58) Lo anterior entraña entonces un problema de difícil solución para la evolución del *ne bis in idem* en el orden internacional, ya sea como garantía mínima vigente para cada Estado vinculado por un sistema de Derechos Humanos, como para una aplicación directamente internacional de la garantía en un proceso de integración entre Estados o bien en la relación entre Estados y Tribunales Internacionales. Si la identidad de hechos remite necesariamente (al menos en parte) a las normas vigentes en cada sistema jurídico, parecería imposible una evolución coherente de la prohibición sin una cierta unificación de los sistemas penales. Pero a la vez esperar a esa unificación para promover el desarrollo de una garantía cuya importancia y necesidad nadie discute, sería equivalente a entorpecer su evolución subordinándola a una integración penal siempre difícil atendiendo a las diferencias existentes entre los sistemas y a la estrecha relación entre el *ius puniendi* y la soberanía estatal.

59) Frente a esta situación sería deseable, tal como se adelantara en alguna medida en el capítulo II para el problema del *ne bis in idem* internacional, que a falta de una unificación de ordenamientos jurídicos, siempre que se consagre el *ne bis in idem* en un convenio internacional multilateral, se establezcan allí también algunos criterios explícitos para afirmar la unidad y pluralidad de hechos, que expresen un consenso plausible entre los diversos Estados Parte. De otro modo lo más probable es que el órgano internacional de aplicación vaya imponiendo los suyos dependiendo del sistema jurídico al que pertenezcan sus integrantes. Ello implica la posibilidad de una alta variabilidad en el transcurso del tiempo, y por ello de mayores complejidad y conflictos.

60) La solución propuesta en el punto anterior no supone negar la importancia del momento de aplicación judicial del Derecho, ni defender una visión puramente legalista de lo jurídico. Se trata simplemente de poner de resalto un problema concreto de los órganos y tribunales internacionales: La necesidad de que las soluciones adopta-

das por ellos sean aceptables en diferentes Estados como una expresión adecuada del consenso interestatal plasmado en los instrumentos, y no se transformen en imposición de los conceptos de un cierto sistema jurídico por sobre los de otros.

61) El punto de partida asumido en este trabajo para tratar el problema de la identidad de fundamentos es que ella tiene que ver con los fines perseguidos mediante la imposición de sanciones.

62) Por otra parte, aunque la defensa del propio orden jurídico amerite en ciertos casos la intervención penal de todos los Estados cuyo orden se ha visto lesionado por un mismo hecho delictivo, ello no es siempre una exigencia necesaria. Los fines de tutela del propio orden jurídico pueden verse suficientemente satisfechos con el proceso seguido en el extranjero. Dicho con otras palabras, hablar de identidad de fundamentos como presupuesto del *ne bis in idem* no implica negar una aplicación internacional de la garantía. Esto es más claro todavía en aquellos crímenes internacionales tipificados en tratados multilaterales, en cuya persecución está interesada toda la comunidad internacional en procura de unos mismos fines.

63) El tema de la identidad de fundamentos no ha sido expresamente recogido en ninguno de los instrumentos analizados y en general ha sido solo colateralmente tratado por los órganos internacionales.

64) La única excepción sería el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el ámbito acotado de su jurisprudencia en materia de infracciones al Derecho de defensa de la competencia de la Unión. Allí identifica fundamento con interés jurídicamente protegido, al mencionar ese interés como uno de los tres presupuestos de la garantía al lado de la identidad de hecho y de sujeto. Semejante concepción de identidad de fundamento es discutible desde la perspectiva planteada en el punto 1. Es posible que la tutela de intereses distintos no requiera de sanciones distintas, o que la tutela de un mismo interés requiera respuestas diferentes sobre la base de finalidades distintas. Además, el bien jurídico puede tener incidencia en una identidad de hechos establecida normativamente.

65) De todos modos el mismo Tribunal de Justicia ha dejado de lado su propia concepción de identidad de fundamentos cuando se trata del *ne bis in idem* del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. En este ámbito, su visión naturalista del concepto de hecho lo lleva a negar cualquier eficacia al concepto de interés jurídico para legitimar persecuciones múltiples, salvo, claro está, los casos de afectación de intereses esenciales de un Estado prevista expresamente como excepción en ese Convenio.

66) En lo que hace a los órganos de Derechos Humanos, ellos se han referido sólo de manera colateral a la cuestión, al definir el ámbito de aplicación material de sus disposiciones sobre *ne bis in idem*. El problema central allí es si la prohibición opera en el ámbito administrativo sancionador y en el específicamente disciplinario. En general la tendencia parece ser a incluir el primero y excluir el último.

67) Del análisis de la jurisprudencia de los tres órganos de Derechos Humanos elegidos para este trabajo surge que el que tiene una posición más desarrollada sobre el punto es el Tribunal Europeo. Éste ha considerado que no siempre cabe la superposición de sanción administrativa y penal. Los criterios para distinguir si se aplica o no el *ne bis in idem* (y también a otras garantías penales) pasan por el análisis en cada caso de la naturaleza y finalidad del delito y la sanción. Ello es compatible con el concepto de identidad de fundamento propuesto en el punto 1).

68) En cuanto a los Tribunales Penales Internacionales, sólo se avierte una cierta conexión con esta problemática en los Estatutos para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y en relación con una de las excepciones a la garantía: La posibilidad de que el órgano internacional persiga penalmente luego de la intervención de un tribunal nacional, cuando el hecho fue considerado por este último como delito común y no como crimen internacional. En efecto, cabe considerar que existe una necesidad imperiosa de perseguir y castigar adecuadamente crímenes de esta naturaleza, que sólo se satisface cuando el hecho es considerado desde una perspectiva propia y específica, y no cuando se lo trata como delito común. Así y todo, sería necesario verificar en ca-

da caso concreto en qué medida se da esa necesidad diferenciada, y hasta que punto la nueva persecución implica, por el solo hecho de producirse, un trato incompatible con el respeto debido a la persona.

69) Respecto del *ne bis in idem* sustantivo en los sistemas estudiados, puede decirse que la prohibición de doble punición no es el aspecto más expresamente trabajado del *ne bis in idem* en la jurisprudencia analizada. Ello podría deberse en parte a su obviedad como exigencia asociada al respeto debido a la persona, en particular en su relación con la proporcionalidad de la respuesta sancionadora.

70) No obstante esa falta de desarrollo puede sostenerse que la vertiente sustantiva está contemplada en dichos sistemas. En casi todos ellos está de manera expresa. En algunos casos como el del sistema interamericano, se puede considerar implícita.

71) Una manifestación importante de la vertiente sustantiva de la prohibición es el llamado principio de cómputo, según el cual resulta obligatorio tomar en cuenta las penas impuestas en el primer proceso en los casos en que se permita la doble persecución.

72) Tal principio implica afirmar cierta vigencia del *ne bis in idem* sustantivo, aunque se relativice el *ne bis in idem* procesal. Ello es así por cuanto aunque haya un doble proceso, si opera la obligación de descontar no habría propiamente una segunda sanción sino más bien un incremento de la sanción impuesta hasta el máximo posible conforme la gravedad del hecho.

73) Este principio de cómputo no aparece en los instrumentos de Derechos Humanos estudiados. Sólo figura en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y, en forma mucho más tímida (como mera facultad judicial) en el Estatuto de Roma.

74) La necesidad de una consagración expresa de la obligación de computar es más patente en los casos en que se admiten excepciones a la prohibición de *bis in idem*, pues ello posibilitaría que la doble persecución no derive necesariamente en doble sanción, sino a lo sumo en una única sanción más grave.

75) La exigencia del respeto a ciertas reglas sobre el concurso de delitos enmarcada en un conjunto claro de criterios para definir los casos de unidad y pluralidad de hechos delictivos también resulta ser un dato especialmente relevante para el adecuado respeto del *ne bis in idem* sustantivo. Si bien esta problemática tiene un impacto general en la garantía a la hora de definir la identidad de hechos, lo cierto es que halla su mayor concreción en relación con el *ne bis in idem* sustantivo específicamente. Lo más habitual es que haya que definir claramente el punto dentro de un mismo proceso, donde la cuestión del *ne bis in idem* procesal ni siquiera se plantea. Pero dada la exigencia de sentencia firme como presupuesto para la aplicación de la garantía en los sistemas de Derechos Humanos estudiados, parecería que la cuestión no puede ser planteada ante ellos sin una reforma de los textos vigentes.

76) La vertiente procesal del *ne bis in idem* presenta en la evolución actual del Derecho Internacional algunos problemas que tienen que ver específicamente con la determinación acerca de qué se entiende por doble proceso. En efecto, si lo prohibido es perseguir dos veces, se hace necesario establecer: a) si se ha manifestado suficientemente la voluntad estatal de perseguir penalmente, de modo que quepa considerar que existió realmente un primer proceso o una primera persecución en el sentido del *ne bis in idem*. b) Qué tipo de actos estatales pueden considerarse ya como el inicio de una segunda persecución vedada. Por ejemplo si esto ocurre recién con el inicio formal de un nuevo proceso, o si ya se configura el “bis” con la realización de ciertos actos que implican repetición de instancias procesales ya superadas.

77) Los textos de los instrumentos internacionales analizados definen a partir de cuándo el primer proceso bloquea una persecución posterior recurriendo fundamentalmente a la mención de cierto tipo de resoluciones y su efecto de cosa juzgada, sin mencionar en concreto el riesgo efectivamente corrido por el imputado. Esto último se toma a lo sumo, como se verá luego, como criterio para consagrar algunas excepciones a la garantía. Es decir para negarla.

78) En general los instrumentos consagran expresamente la exigencia de que el proceso anterior haya concluído mediante una sentencia firme, o bien utilizan algún giro de similares alcances. Eso excluye automáticamente la litispendencia como problema del *ne bis in idem* por ellos regulado, aunque hay una excepción parcial a esto en el Estatuto de Roma en las disposiciones sobre admisibilidad de los casos establecidas dentro de la lógica de la complementariedad.

79) No obstante la semejanza de redacción en algunos de los instrumentos estudiados, son bastante disímiles las interpretaciones que los órganos correspondientes realizan de la noción de sentencia firme. Algunos órganos se circunscriben a la finalización del proceso anterior mediante sentencia en sentido estricto, otros reinterpretan la noción como si quedaran abarcadas otro tipo de resoluciones dictadas en etapas anteriores al proceso. En particular el Tribunal de Justicia Europeo al interpretar el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, ha llegado a hablar genéricamente de cualquier resolución sobre el fondo, a la par que incluye acuerdos entre imputado y fiscal sin intervención jurisdiccional y también las declaraciones de prescripción.

80) En el sistema europeo de Derechos Humanos y en el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU hay una mayor base en los textos para una interpretación eventualmente más amplia, puesto allí se utiliza la expresión “sentencia firme conforme la ley de cada país”. Por lo tanto, en la medida en que en diversos sistemas jurídicos resoluciones judiciales anteriores a la sentencia propiamente dicha tengan autoridad de cosa juzgada, se podría llegar a considerar que tienen aptitud para impedir ulteriores procesos. De todos modos, esa remisión a la ley de cada país se presenta como una solución de compromiso, que podría generar una aplicación desigual de la prohibición dentro de un mismo sistema de protección de los Derechos Humanos.

81) Si se quisiera expresar con mayor claridad la exigencia de que la prohibición de *bis in idem* comienza a operar antes de una sentencia definitiva en sentido estricto, lo más adecuado sería eliminar el giro “sentencia firme” de los textos de los instrumentos y dar en

ellos una descripción más precisa del tipo de resoluciones que eventualmente tendrían ese efecto. De todos modos esto implicaría una solución aceptable de la cuestión sólo desde la perspectiva del respeto de la cosa juzgada.

82) Si se quisiera además proteger adecuadamente a la persona del sometimiento a doble riesgo penal, junto con la referencia a cierto tipo de resoluciones (que implicaría ya una cierta consideración del grado de avance del primer proceso) habría que establecer una exigencia de ponderación de los riesgos que para el sujeto implicó esa primera persecución. A partir de allí sería posible establecer con mayor exactitud si el proceso posterior constituye una duplicación intolerable, es decir un *bis in idem*.

83) El *ne bis in idem* procesal impide concretamente que, una vez finalizado el primer proceso, se inicie otro en contra del mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento. Esto implica que no puede realizarse ninguna actividad que implique sometimiento del sujeto a proceso como imputado. Si bien en algunos de los sistemas estudiados (como por ejemplo en la versión castellana de la Convención Americana de Derechos Humanos o las versión inglesa del Estatuto de Roma) la utilización de la voz juicio podría generar alguna duda en cuanto a si lo prohibido es el nuevo proceso o el nuevo juicio en sentido estricto, se impone la interpretación que incluye al proceso en su totalidad.

84) Una segunda manifestación importante de esta vertiente es la prohibición de reapertura de los procesos penales concluidos. Esta es obviamente una consecuencia relevante únicamente desde la perspectiva del *ne bis in idem* interno (del mismo tribunal nacional o internacional). No obstante, en los sistemas de Derechos Humanos estudiados está contemplada la posibilidad de reapertura por vía de excepción a la garantía, y en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda por vía del recurso de revisión en cabeza del fiscal. En este sentido el Estatuto de Roma limita la posibilidad de revisión sólo a favor del condenado, como ocurre en el sistema jurídico argentino. Obviamente esta última forma

de revisión no podría considerarse nunca una violación del *ne bis in idem* pues no tiende a la ampliación del riesgo penal sino a su disminución.

85) Una tercera consecuencia posible del *ne bis in idem* procesal es la prohibición de repetición de etapas procesales ya cumplidas, en particular del juicio en sentido estricto, y la consecuente veda de cualquier actividad procesal cuya consecuencia sea la posibilidad de un nuevo juicio como por ejemplo el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Esta forma de entender la garantía está muy extendida en los países anglosajones. Sin embargo no ha sido recogida en ninguno de los sistemas estudiados. Ya sea porque se entiende al *ne bis in idem* como algo posterior a una resolución judicial “firme” (como en los sistemas de Derechos Humanos) o porque se prevé expresamente el recurso de la acusación en el mismo instrumento en que se consagra la garantía (como en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y el del Tribunal Penal Internacional Permanente).

86) Una cuarta consecuencia del *ne bis in idem* procesal en los casos de aplicación internacional de la garantía es la prohibición de extradición y de otros actos de colaboración en materia penal con aquel Estado que lleva adelante el segundo proceso. Este aspecto no fue mayormente desarrollado en este trabajo, más allá de algunas referencias aisladas sobre la cuestión.

87) Entrando concretamente en la cuestión de la aplicación internacional de la garantía, se constata que hay efectivamente una creciente internacionalización. Ella puede atribuirse en parte a procesos de integración entre Estados, a su aparición en instrumentos de Derechos Humanos, y a la evolución del Derecho Penal Internacional.

88) De todos modos la garantía no deja de ser entendida como una de alcance eminentemente local, y es solo internacional por excepción.

89) Si bien la persona humana es sin dudas sujeto del Derecho Internacional, de todos modos en lo que hace al ejercicio del Po-

der Penal estatal, sigue primando la preservación de la propia soberanía frente a otros Estados y no tanto una consideración hacia ella.

90) Además, en la ampliación del *ne bis in idem* internacional van involucrados problemas que hacen a la identidad de sujetos hechos y fundamentos antes expresados en estas conclusiones, que deben superarse para lograr una mayor difusión de la garantía.

91) Finalmente, en todos los sistemas jurídicos estudiados se afirma la existencia de excepciones a la vigencia del *ne bis in idem*. En la mayoría de ellos tales excepciones son expresas. En el sistema interamericano y en el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos han sido los órganos de aplicación quienes las crearon pese a no estar consagradas en los textos legales.

92) Las excepciones varían bastante entre los diferentes sistemas estudiados, y en cada caso parecen perseguir finalidades diferentes.

93) En el sistema europeo de Derechos Humanos y en el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se autoriza fundamentalmente la reapertura de causas concluidas en algunos supuestos. Allí parece perseguirse la finalidad de que la prohibición sea aceptable para varios Estados en los que tales excepciones rigen dentro de su derecho interno. Es decir que se trata de poner un estándar mínimo de protección del *ne bis in idem* aceptable por la mayor cantidad posible de países.

94) En el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, las excepciones están dentro de la lógica de un *ne bis in idem* internacional horizontal entre Estados soberanos y pares. Se trata de que la garantía no sea percibida como una limitación excesiva al ejercicio de la soberanía estatal en materia penal. De allí que se permita por ejemplo la segunda persecución en el Estado del territorio donde se cometió el hecho, o en aquel que ha visto afectados sus intereses esenciales, o en el que procura la sanción de uno de sus funcionarios. Algunas de estas excepciones (como la de los intereses esenciales) podrían estar justificadas desde la idea de falta de identidad de fundamentos, cuando el Estado persigue con el proceso penal una finalidad legítima que

solo él puede alcanzar. Otras (como la del territorio) implican poner el ejercicio del *ius puniendi* por encima de la persona.

95) En los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y en el sistema interamericano las excepciones al *ne bis in idem* están orientadas a que la garantía no obstaculice la sanción de crímenes contra la humanidad. Frente al objetivo de asegurar que ciertos hechos particularmente graves sean indefectiblemente sancionados se limita el alcance de la prohibición.

96) En algunos casos (como en el Estatuto de Roma) la limitación bien interpretada podría ser aceptable, porque se contemplan supuestos en los que el imputado no ha corrido un verdadero riesgo de ser condenado en el primer proceso. Siendo ello así, el segundo proceso no sería realmente una duplicación inaceptable. En cambio en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* la redacción es más dudosa.

97) El ejemplo más negativo lo constituye sin dudas la jurisprudencia interamericana, donde mediante interpretaciones discutibles la garantía es directamente dejada de lado cuando se trata de la “lucha contra la impunidad” en los casos de violaciones a los Derechos Humanos.



BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4, 2000.
- *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AAVV., “Issue Supplement: Research in International Law”, *The American Journal of International Law*, volumen 29, 1935.
- AAVV., “Successive Prosecutions Based on the Same Evidence as Double Jeopardy”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 3. (Jan., 1931).
- AAVV., “The Evidence Test in Double Jeopardy” en *Columbia Law Review*, Vol. 6, No. 2. (Feb., 1906).
- AAVV., *Juicios Justos, Manual de Amnistía Internacional*, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 1998.
- ACEVEDO, Domingo E., “La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis in idem*) en el caso Loayza Tamayo”, en *Liber Amicorum, Héctor Fix Zamudio*, Vol. 1, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008.
- ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico, *La seguridad jurídica una teoría formal*, Dykinson, Madrid 2000.
- ARISTÓTELES, *Metafísica* (la traducción consultada corresponde a de Azcárate, Patricio, Obras de Aristóteles, volumen 10, Madrid, 1875).
- ARKES, Hadley, *First Things. An inquiry into the first principles of morals and justice*, Princeton University Press, 1986.



- BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BARATTA, Alessandro, *Principi del diritto penale minimo, per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, en “*Dei Delitti e Delle Pene*”, anno III, n°3.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (Edición de Franco Venturi), Bruguera, Barcelona, 1983.
- BEEBE WHITE, Albert y NOTESTEIN, Wallace, (eds.), *Source Problems in English History*, Harper and Brothers, Nueva York, 1915.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario”, *Revista del Poder Judicial*, n° 51. Tercer trimestre Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- Biblia de Jerusalén*, Grafo, Bilbao, 1975.
- BIDART CAMPOS, Germán J. “El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristián (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997.
- y HERRENDORF, Daniel E., *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991.
- “La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada”, *El Derecho*, Tomo 136, Buenos Aires.
- BIEHLER, Anke, KNIEBÜHLER, Roland, LELIEUR FISCHER, Juliette y STEIN, Sibyl (eds.), *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, publicación oficial del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Iuscrim, Friburgo, 2003.
- BLANCH NOUGUES, José M., *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 1997.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “El principio *ne bis in idem* de la Unión Europea”, en *La Ley*, año XXVI, número 6285, Madrid, 2005, págs. 1 a 7.
- BOBBIO, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos 1*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.

- BOSSUYT, Marc J., *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Países Bajos, 1987.
- BOUDINHON, Abad, "Canon Law", *The Catholic Encyclopedia, Volume IX*. Robert Appleton Company, 1909 (Edición on line en inglés por K. Knight 2003).
- BROWN, Bartram S., "Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals", en *The Yale Journal of International Law*, Summer, 1998.
- BUERGENTHAL, Thomas, *International Human Rights*, 2da. ed., West Publishing, Saint Paul, 1995.
- CALVO-GOLLER, Karin N., *The trial proceedings of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Londres, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco, "La certezza del diritto", en LÓPEZ DE OÑATE, Flavio, *La certezza del Diritto*, Giuffré, Milán, 1968.
- *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4ta. ed. actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.
- CHOCLÁN MONTALVO, José A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, en especial págs. 61 a 110.
- COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín, 1993.
- CONWAY, Gerard, "Ne bis in idem and the International Criminal Tribunals", en *Criminal Law Forum* 14, 2003, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos.
- "Ne bis in idem in International Law", en *International Criminal Law Review* 3, 2003.
- CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal. Sus límites*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

- COUDER, M. Ruben de, *Compendio de lecciones escritas de Derecho Romano*, trad. de Alvaro Lope Orriols de la 5ta. edición francesa), Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1883.
- CRAWFORD, James M., “United States v. Powell: A Relook at the Dual Sovereignty Exception to the Fifth Amendment's Prohibition Against Successive Prosecutions”, en *Western State University Law Review*, Spring 1995.
- D’AGOSTINO, Francesco, “Los derechos y deberes del hombre” en SALDANA, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- D’ORS, Álvaro, HERNÁNDEZ TEJERO, Francisco, FUENTESECA, Pablo, GARCÍA GARRIDO, Manuel y BURILLO, Jesús, *El Digesto de Justiniano*, Tomo III, Libros 37-50, Aranzadi, Pamplona, 1975.
- DANIELS, Reynaud N., “Non Bis in Idem and the International Criminal Court”, en *bepress Legal Series*, Paper 1365, The Berkeley Electronic Press, 2006.
- DANNECKER, Gerhard, “La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José M., *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Eficacia transnacional del non bis in idem y denegación de la euroorden”, en *La Ley*, año XXVI, número 6330, Madrid, 2005, págs. 1 a 5.
- DE LA CUESTA, José Luis, “Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio *ne bis in idem*. Relación general”, en *Revue Internationale de Droit Penal*, 73e année – nouvelle série, 3e et 4e trimestres 2002 (publicada en 2004).
- DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, La ley, Buenos Aires, 1970.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DE LUCA, Javier A. “Ne bis in idem (especialmente en el ámbito de las nulidades y recursos)” *Revista del Ministerio Público Fiscal*, Procuración General de la Nación, Buenos Aires, nro. 7, año 2001.

- DE SAVIGNY, Friedrich Karl, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo V, trad. de Jacinto Mesía y Manuel Poley de la versión francesa de 1849, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1879.
- DE THAN, Claire y SHORTS, Edwin, *International Criminal Law and Human Rights*, Sweet & Maxwell, Londres 2003.
- DEL REY GUANTER, Salvador, *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de publicaciones, Madrid 1990.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.
- FERNÁNDEZ, Fructuoso J., “Algunas reflexiones sobre el principio *ne bis in idem* y el artículo 54 del Convenio de Aplicación de Schengen”, en *La Ley*, año XXVII, número 6496, Madrid, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, en “*Dei Delitti e Delle Pene*”, anno III, n°3.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ta. edición, Trotta, Madrid, 2006.
- FINNIS, John, *Aquinas*, Oxford University Press, 1998.
- FRIEDLANDER, Martin L., *Double Jeopardy*, Clarendon Press, Oxford, 1969.
- FROMONT, Michel, “République fédérale d’Allemagne. L’Etat de droit”, *Revue du droit public*, n° 5, 1984.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas. Madrid, 1981.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos en materia de reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005.
- GARCÍA, Luis M. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¿cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?”, en GARCÍA, Luis M. *et al.*, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- “El derecho a recurrir contra la sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH habla sobre su alcance pero se

- queda a mitad de camino”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 9, Lexis Nexis, Buenos Aires, Mayo 2005.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- GAYO, *Instituciones*, trad. y comentarios de ABELLÁN VELASCO, Manuel, ARIAS BONET, Juan A., IGLESIAS REDONDO, Juan y ROSET ESTEVE, Jaime, Civitas, Madrid, 1990.
- GAYO, *Institutas*, trad. y comentarios de DI PIETRO, Alfredo, 4ta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La acción de nulidad por cosa juzgada írrita – aspectos formales y sustanciales–”. *La Ley*, Tomo 2006-B, Buenos Aires.
- GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2da. ed., Colex, Madrid, 2003.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 8va. ed., Artes Gráficas, Madrid 1975.
- GONZÁLEZ WARCALDE, Luis S. y DEL CARRIL, Enrique, *La Extradición*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- GRANT, J. A. C., “The ‘Lanza’ Rule of Successive Prosecutions”, *Columbia Law Review*, Vol. 32, No. 8. (Diciembre, 1932).
- HAMILTON, Walton H., “*The Path of Due Process of Law*” en, *Ethics*. Vol. 48, No. 3 (abril, 1938).
- HÄNEL, Gustav F., *Lex Romana Visigothorum*, Analecta, Pamplona, 2006 (reimpresión de la edición de Leipzig de 1849).
- HARRIS, David J., O’BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, Londres 1995.
- HELLER, Kevin J., “The shadow side of complementarity: The effect of article 17 of the Rome Statute on national due process”, en *Criminal Law Forum*, T. 17, Springer, 2006.
- HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1963.
- HITTERS, Juan C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 1991.
- HOLMES, John T., “The principle of complementarity”, en LEE, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute, Issues - Negotiations - Results*, Kluwer Law International, Países Bajos, 1999.

- ISRAEL, Jerold H., KAMISAT, Yale y LA FAVE, Wayne R. *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, West Group, St. Paul, Minnesota, Estados Unidos, 1999.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, tercera edición, Losada, Buenos Aires, 1964.
- JONES, Margaret, “What constitutes double jeopardy?”, *Journal of Criminal Law and Criminology* (1931-1951), Vol. 38, No. 4. (Nov. - Dec., 1947).
- JUGO, Gabriela, “El derecho de recurrir la sentencia penal contenatoria y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos”, en GARCÍA, Luis. M. *et al.*, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- JULIO PAULO, *Sentencias a su hijo*, Libro I, Interpretatio, Tit. VI-B, 1, trad., notas e índice alfabético de IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, Segunda Edición, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1995.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1984.
— *Teoría pura del derecho*, trad. de R.J. Vernengo, UNAM, México, 1979.
- KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima, Perú, 2007.
- KITTICHAISAREE, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- KNIEBÜHLER, Roland M., *Transnationales ‘ne bis in idem’. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlín, 2005.
- KOMAROW, Gary, “Individual Responsibility under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, 1980, Cambridge University Press.
- KRESS, Claus, “Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international”, en *Journal of International Criminal Justice*, 1 de julio de 2006, Oxford University Press.
- LANDAU, Peter “Ursprünge und Entwicklung des Verbotes doppelter Strafverfolgung wegen desselben Verbrechens in de Geschichte des

- kanonischen Rechts”, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 87 (1970).
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985.
- Las siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio*. Texto corregido y publicado por el Dr. Berni en 1758 por orden del Consejo Real. Partida Séptima, Imprenta de Benito Monfort, 1767.
- LELIEUR FISCHER, Juliette, *Comments on the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, pág. 28, párr. 40. Documento catalogado por la Comisión de las Comunidades Europeas bajo el registro JLS/748/06-EN.
- *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Tesis doctoral presentada Paris I, 2005.
- LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LETSAS, George, “The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR”, *European Journal of International Law*, volumen 15, abril de 2004, Oxford University Press.
- LIEBS, Detlef, *Der Herkunft der Regel “bis de eadem re ne sit actio”*, ZRG Rom Abt., 84 (1967).
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires 1989.
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milán, 1975.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004.
- LÓPEZ, Dax E., “Not twice for the same: How the dual sovereignty doctrine is used to circumvent non bis in idem”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Noviembre, 2000.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, 2da. Edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- “El Recurso del Condenado Contra la Sentencia de Condena ¿Una garantía Procesal?”, en ABREGÚ, Martín. , y COURTIS, Christian. (comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos humanos por los Tribunales Locales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

- MASSINI, Carlos, *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.
- MAYNZ, Carlos, *Curso de Derecho Romano*, Tomo I, trad. de Antonio José Pou y Ordinas, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1887.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, *El principio 'non bis in idem' en el procedimiento administrativo sancionador*, Bosch, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 4ta. Edición, Barcelona, 1996.
- MOMMSEN, Theodor, *Derecho Penal Romano*, trad. de Pedro Dorado Montero de la versión de Leipzig de 1899, Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1999.
- MONCAYO, Guillermo R. “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristián (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997.
- MOOSSA, Lauri A., “England’s attempt to relax the rule against double jeopardy: balancing justice and scientific advancement with a cornerstone of common law” en *Suffolk Transnational Law Review*, Summer, 2002.
- MOSKOVITZ, Myron, *Cases and problems in criminal procedure*, fourth edition, Lexis Nexis, Newark, 2004.
- MOTT, Rodney L., *Due Process of law: A historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the Application of the Concept of “the law of the land”*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1926.
- MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho Penal. Definición Patológica y Contrarios*, Ed. Diego Marín, Murcia, España, 2006.
- NAVARRÉ, Octave y ORSINI, Pierre de DEMOSTHÉNE, *Plaidoyers politiques*, tomo I, segunda edición, Les belles lettres, París 1968.
- NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 2006 (1ra. reimpresión de la primera edición de 1980).
- *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
- OTTAVIANO, Santiago, “¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema ante los órganos internacionales de Derechos Humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, t. 2006/A, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

- “El Derecho a la Verdad”, en LONDOÑO, Jorge (coord.), *Derecho Internacional Humanitario, Conflicto Armado y Tratamiento de las víctimas*, Edit. Uniboyacá, Tunja, Colombia, 2002.
- “El recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria. Su legitimidad y su sentido desde la perspectiva de los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, tomo 2007-2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2007.
- “La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal”, en GARCÍA, Luis M., *et al.*, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- PASTOR, Daniel, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, T. 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- *El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.
- PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- PEREIRA MENAUT, Antonio C., *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons. Madrid, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La seguridad jurídica*, 2da. edición, Ariel Derecho, Barcelona 1994.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- PESSOA, Nelson R. , *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 9na. ed.(trad. de José Ferrandez González), Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954.
- PINTO, Mónica. “El principio pro hómine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Cristián (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto. Buenos Aires, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “*Ne bis in idem*: Significados constitucionales”, en AAVV. *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. Juan del Rosal*, EDERSA, Madrid, 1993.
- QUINTILIANI, M. Fabii, *Institutio Oratoria*.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, 4ta. edición. Comares, Granada, 1999.

- RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador, *El principio ne bis in idem en el ámbito tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos*, Ibarra, Madrid, 1815.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- RODRIGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004.
- ROXIN, Claus, “Fin y Justificación de la Penal y de las Medidas de Seguridad” en MAIER, Julio (comp.), *La Determinación Judicial de la Pena*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- *Derecho Procesal Penal*, trad. de la 25ta. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- SALTET, Louis, “False Decretals (The Decretals of the Pseudo-Isidore)” *The Catholic Encyclopedia, Volume V*. Robert Appleton Company, 1909 (versión en línea preparada por K. Knight en 2003).
- SANTIAGO (H), Alfonso, *Bien común y Derecho Constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- SANZ MORÁN, Angel. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad, Valladolid, 1986.
- SEGOVIA, Juan F., “Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y leyes especiales”, en AAVV., *Atribuciones del Congreso Argentino*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- SERNA, Pedro, *Jurisprudencia de principios. Una aproximación realista*, manuscrito no publicado, Pamplona, 1993.
- SIGLER, Jay A., “A history of double jeopardy”, *The American Journal of Legal History*, Vol. 7, n° 4, octubre de 1963.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Normas y Acciones en Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, 4ta. edición actualizada por Manuel A. Bayala Basombrío Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.
- *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, 4ta. edición actualizada por Manuel A. Bayala Basombrío, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988.

- SPAEMANN, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003.
- STEIN, Sibyl, *Zum europäischen ne bis in idem nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens*, Peter Lang, Frankfurt, 2004.
- SUNGA, Lyal S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Londres, 1992.
- SYMONIDES, Janusz, “Access of individuals to international tribunals and international Human Rights complaints procedures”, en *Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”*, Tomo I, 2da. edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003.
- THEOFANIS, Rosa, “The doctrine of Res Judicata in International Criminal Law”, en *International Criminal Law Review* 3, Koninklijke Brill NV, Países Bajos, 2003.
- UNVILLER, H. Richard, *The processes of criminal justice: Investigation and adjudication*, second edition, West Publishing, St. Paul, Minesotta, 1979.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine y STESENS, Guy, “The International *Non Bis In Idem* Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 4. (Oct., 1999).
- VANOSSI, Jorge R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, 3era. Edición. EUDEBA, Buenos Aires, 2000.
- VERVAELE, John A.E., “The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, en *Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2* diciembre de 2005.
- VIGO, Rodolfo L., “Los Principios Generales del Derecho”, *El Derecho* Tomo 1986-III, Buenos Aires.
- VILLAMARIN LÓPEZ, María L., *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Ramón Areces, Madrid, 2003.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. “Estado de Derecho y Derecho Penal”, en AAVV, *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, EDERSA, Madrid, 1982.
- “Ne bis in idem procesal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo sobre los principios del proceso penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición Castellana, Chile, 1997.

BIBLIOGRAFÍA

605

- WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- YACOBUCCI, Guillermo J., *La Deslegitimación de la Potestad Penal*, Ábaco, Buenos Aires, 2000.
- *El sentido de los principios penales*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- ZECHIEL-ECKES, Klaus, “Auf Pseudoisidors Spur. Oder: Versuch einen dichten Schleier zu lüften”, *Monumenta Germaniae Historica, Studien und Texte* 31, 2002.
- ZIFFER, Patricia S., *El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTOS OFICIALES

ARGENTINA

CSJN, *Moño Azul*, sentencia de 15 de abril de 1993, en *Fallos* 316:687.

CSJN, *Casal*, sentencia de 20 de septiembre de 2005, en *Fallos* 328:3399.

CSJN, *Pompas*, sentencia de 3 de diciembre de 2002, en *Fallos* 325:3255.

CSJN, *Rojas Morales*, sentencia de 1 de diciembre de 1988, en *Fallos* 311:2518.

CSJN, *Curuchaga*, sentencia de 10 de abril de 2001, en *Fallos* 324:1146.

CSJN, *Arla Pita*, sentencia de 31 de octubre de 2002, en *Fallos* 325:2777.

CSJN, *Duque Salazar*, sentencia de 16 de noviembre de 2004, en *Fallos* 327:4884.

CSJN, *Cabrera*, sentencia de 6 de marzo de 2007, en *Fallos* 330:261.

CSJN, *Videla*, sentencia de 21 de agosto de 2003, en *Fallos* 326:2805.

CSJN, *Martinez de Perón*, sentencia de 8 de abril de 1980, en *Fallos* 302:210.

CSJN, *De la Rosa Vallejos*, sentencia de 10 de marzo de 1983, en *Fallos* 305:246.

CSJN, *Zanandrea*, sentencia de 30 de junio de 1998, en *Fallos* 321:1848.

CSJN, *Macri*, sentencia de 8 de agosto de 2002, en *Fallos* 325:1932.

CSJN, *Suarez Mason*, sentencia de 13 de agosto de 1998, en *Fallos* 321:2031.

CSJN, *Alvarado*, sentencia de 7 de mayo de 1998, en *Fallos* 321:1173.

CSJN, *Mainhard*, sentencia de 27 de septiembre de 2001, en *Fallos* 324:3269.

CSJN, *Kang*, sentencia de 15 de mayo de 2007, causa N° 5742, (no publicada en colección de fallos hasta el momento).

CSJN, *Weissbrod*, sentencia de 25 de abril de 1989, en *Fallos* 312:597.

- CSJN, *Polak*, sentencia de 15 de octubre de 1998, en *Fallos* 321:2826.
 CSJN, *Verbeke*, sentencia de 10 de abril de 2003, en *Fallos* 326:1149.
 CSJN, *Mattei*, sentencia de 29 de noviembre de 1968, en *Fallos* 272:188.
 CSJN, *Mazzeo*, sentencia de 13 de julio de 2007, causa M. 2333. XLII. (no publicada en colección de fallos hasta el momento).
 CSJN, *Santillán*, sentencia de 13 de agosto de 1998, en *Fallos* 321:2021.
 CSJN, *Wald*, en *Fallos* 268:266.
 CSJN, *Giroldi*, en *Fallos*, 318:514.
 Cám. Nac. Crim. y Correc. Fed., Sala I *ad hoc*, *Galeano*, causa 39.816.-AMIA, sentencia de 29 de junio de 2007.

ESPAÑA

- STC, sentencia 2/1981, de 30 de enero de 1981.
 STC, sentencia 134/86, de 29 de octubre de 1986.
 STC, sentencia 229/2003 de 18 de diciembre de 2003.
 STC, sentencia 204/1996 de 16 de diciembre de 1996.
 STC, sentencia 180/2004, de 2 de noviembre de 2004.
 STC, sentencia 177/1999, de 11 de octubre de 1999.
 STC, sentencia 169/2004, de 6 de octubre de 2004.
 STC, sentencia 192/2005 de 18 de julio de 2005.
 STC, sentencia 334/2005, de 20 de diciembre de 2005.
 STC, en pleno, sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003.
 STC, sentencia 149/1989, de 22 de septiembre de 1989.
 TS, Sala de lo Penal, sentencia 380/2003, de 22 de diciembre de 2003.

ESTADOS UNIDOS

- Hunter*, 459 U.S. 359 (1983).
Dixon, 509 U.S. 688 (1993).
Blockburger, 284 U.S. 299 (1932).
Ashe v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970).
Lanza, 260 U.S. 377 (1922)

- Kepner* 195 U. S. 100 (1904).
Heath v. Alabama, 474 U.S. 82 (1985).
Abate, 359 U.S. 187 (1959).
Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121 (1959).
Green, 355 U.S. 184 (1957).
Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969).
Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).
Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884).
Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).
Crist v. Bretz, 437 U.S. 28, (1978).
Giordenello, 357 U.S. 480 (1958).
Simmons, 142 U.S. 148 (1891).
Thompson, 155 U.S. 271 (1884).
Wade v. Hunter, 336 U.S. 684 (1949).
 Corte Suprema de Nuevo México, *State v. Pierce*, 110 N.M. 76, 84-85, 792 P.2d 408, 416-17 (1990).
 Corte Federal de Apelaciones del undécimo circuito, *Duarte Acero* n° 98-5756, resolución de 13 de abril de 2000.
 Tribunal de Apelaciones del estado de Indiana, *Ward v. Indiana*, resolución n° No. 34A04-0002-CR-59, de 13 de septiembre de 2000.
 Tribunal Distrital de Apelaciones de Florida, segundo distrito, *Hammel v. Florida* n° 2D05-4021, resolución de 2 de agosto de 2006.
 Tribunal de Apelaciones del Estado de Michigan, *People vs. Feazel*, LC No. 93-000291-FH, resolución de 1 de noviembre de 1996.
 Tribunal de Apelaciones del Estado de Nuevo México, *New Mexico v. Kook*, opinión n° 2006-NMCA-110, fecha de presentación 13 de junio de 2006.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

- Corte IDH, Serie C, n° 4, *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988.
 Corte IDH, Serie C, n° 154, *Almonacid Arellano*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
 Corte IDH, Serie C, nro. 85, *Cantos vs. Argentina (excepciones preliminares)*, sentencia de 7 de septiembre de 2001.



- Corte IDH, Serie C, nro. 74, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001.
- Corte IDH, Serie C, nro. 69, *Cantoral Benavidez vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000.
- Corte IDH, Serie C, nro. 119, *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004.
- Corte IDH, Serie C, nro. 33, *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997.
- Corte IDH, Serie C, n° 71, del *Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001.
- Corte IDH, Serie C, n° 52, *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999.
- Corte IDH, Serie C, n° 90, *Las Palmeras*, sentencia de 6 de diciembre de 2001.
- Corte IDH, Serie C, n° 37, *Paniagua Morales*, sentencia de 8 de marzo de 1998.
- Corte IDH, Serie C, n° 41, *Castillo Petruzzi y otros (excepciones preliminares)*, sentencia de 4 de septiembre de 1998.
- Corte IDH, Serie C, n° 63, *Villagrán Morales*, sentencia de 19 de noviembre de 1999.
- Corte IDH, Serie C, n° 42, *Loayza Tamayo*, sentencia sobre reparaciones de 27 de noviembre de 1998.
- Corte IDH, Serie C, n° 100, *Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, Serie C, n° 109, *de los Diecinueve Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004.
- Corte IDH, Serie C, n° 117, *Carpio Nicolle y otros*, sentencia de 22 de noviembre de 2004.
- Corte IDH, Serie C, n° 132, *Gutierrez Soler*, sentencia de 12 de septiembre de 2005.
- Corte IDH, Serie A, n° 5, Opinión Consultiva OC 5/85.
- Corte IDH, Serie A, n° 8, Opinión Consultiva OC 8/87.
- Corte IDH, Serie A, n° 2, Opinión Consultiva OC 2/88.
- Corte IDH, Serie A, n° 16, Opinión Consultiva OC 16/99.
- Corte IDH, Serie A, n° 9, Opinión Consultiva OC 9/87.
- Corte IDH, Serie A, n° 1, Opinión Consultiva OC 1/82.
- Corte IDH, Serie A, n° 6, Opinión Consultiva OC 6/86.
- Comisión IDH, *MEVOPAL S.A.*, informe 39/99 de 11 de marzo de 1999.



Comisión IDH, *Alan García*, Informe 1/95, de
Comisión IDH, Informe sobre terrorismo y derechos humanos,
OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002.

SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- TEDH, *Kostovski*, sentencia de 20 de noviembre de 1989.
TEDH, *Funke v. France*, sentencia del 25 de febrero de 1993.
TEDH, *Nikitin v. Russia*, sentencia del 20 de julio de 2004.
TEDH, *Goktan v. France*, sentencia de 2 de julio de 2002.
TEDH, *The Sunday Times*, sentencia de 26 de abril de 1979.
TEDH, *Silvester's Horeca Service v. Belgium*, sentencia de 4 de marzo de 2004.
TEDH, *Pine Valley v. Ireland*, sentencia de 29 de noviembre de 1991.
TEDH, *The Holy Monasteries v. Greece*, sentencia de 9 de diciembre de 1994.
TEDH, *Engel and Others v. Netherlands*, sentencia del 8 de junio de 1976.
TEDH, *Öztürk v. Germany*, sentencia del 21 de febrero de 1984.
TEDH, *Bendenoun v. France*, sentencia del 24 de febrero de 1994.
TEDH, *Ziliberg v. Moldova*, sentencia del 1 de febrero de 2005.
TEDH, *Demicoli v. Malta*, sentencia del 27 de agosto de 1991.
TEDH, *Västberga et al. v. Sweden*, sentencia de 23 de julio de 2002.
TEDH, *Gradinger v. Austria*, sentencia del 28 de septiembre de 1995.
TEDH, *Oliveira v. Switzerland*, sentencia de 30 de julio de 1998.
TEDH, *Franz Fischer v. Austria*, sentencia de 29 de mayo de 2001.
TEDH, *Sailer v. Austria*, sentencia de 6 de junio de 2002.
TEDH, *W.F. v. Austria*, sentencia de 30 de mayo de 2002.
TEDH, *Schenk v. Suiza*, sentencia del 12 de julio de 1988.
TEDH, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, sentencia del 6 de diciembre de 1988.
TEDH, *Maresti v. Croatia*, sentencia de 25 de junio de 2009.
TEDH, *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 7 de junio de 2007.
TEDH, Gran Sala, *Zolotukhin v. Russia*, sentencia de 10 de febrero de 2009.
TEDH, caso *Maszni v. Romania*, sentencia de 21 de septiembre de 2006.
TEDH, caso *Manasson v. Sweden*, sentencia de 8 de abril de 2003.

- TEDH, caso *Bachmaier v. Austria*, sentencia de 2 de septiembre de 2004.
 TEDH, caso *Rosenquist v. Sweden*, sentencia de 14 de septiembre de 2004.
 TEDH, caso *Hauser-Sporn v. Austria*, sentencia de 7 de diciembre de 2006.
 TEDH, caso *Schutte v. Austria*, sentencia de 26 julio de 2007
 TEDH, caso *Garretta v. France*, sentencia de 4 de marzo de 2008.
 TEDH, caso *Ruotsalainen v. Finland*, sentencia de 16 de junio de 2009
 TEDH, caso *Tsonyo Tsonnev v. Bulgaria (n°2)*, sentencia de 14 de enero de 2010.
 TEDH, caso *Zigarella v. Italia*, sentencia de 3 de octubre de 2002.
 TEDH, caso *Falkner v. Austria*, sentencia de 30 de septiembre de 2004.

SISTEMA DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

- CDH, Observación general n° 31: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, de 26 de mayo de 2004.
 CDH, Observación general n° 32: *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, de 24 de julio de 2007.
 CDH, Observación general n° 13: *Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley*, de 13 de abril de 1984.
 CDH, *Babkin v. Federación Rusa*, Comunicación n° 1310/2004, publicado en Annual Report of Committee A/63/40 vol. II, dictamen aprobado el 3 de abril de 2008.
 CDH, *Salgar de Montejó v. Colombia*, Comunicación n° R.15/64, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 168, observaciones finales del 24 de marzo de 1982.
 CDH, *Strik v. The Netherlands*, publicado en ICCPR, A/58/40 vol. II (1 November 2002) 547 (CCPR/C/76/D/1001/2001).
 CDH, *Terán Jijón v. Ecuador* Comunicación n° 277/1988, U.N. Doc. CCPR/C/44/D/277/1988, observaciones finales del 26 de marzo de 1992.
 CDH, *Cámpora Schweizer v. Uruguay*, Comunicación No. 66/1980 (15 March 1980), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/38/40) at 117 (1983).
 CDH, *Almirati Nieto v. Uruguay*, Comunicación No. 92/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 126 (1990).

- CDH, *A. R. J. v. Australia*, Comunicación No. 692/1996, ICCPR, A/52/40 vol. II, (CCPR/C/60/D/692/1996), decisión del 28 de julio de 1997.
- CDH, *Faurisson v. France*, Comunicación No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993/1996), observaciones finales del 8 de noviembre de 1996.
- CDH, *A. P. v. Italy*, Comunicación No. 204/1986, ICCPR, A/43/40, decisión del 2 de noviembre de 1987.
- CDH, Concluding observations of the Human Rights Committee (Macau) : Portugal, del 04 de noviembre de 1999 (CCPR/C/79/Add.115).

UNIÓN EUROPEA

- TJE, asuntos acumulados 18/65 y 38/65, *Max Gutmann v. Commission of the EAEC*, sentencia de 15 de marzo de 1967.
- TJE, asunto 14/68, *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt*, sentencia de 13 de febrero de 1969.
- TJE, asunto 7/72, *Boehringer Mannheim*, sentencia de 14 de diciembre de 1972.
- TJE, asuntos acumulados C-238/99 y varios otros, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, sentencia de 15 de octubre de 2002.
- TJE, asunto T-333/99, *X c. Banco Central Europeo*, Sentencia de 18 de octubre de 2001.
- TJE, asunto T-223/00, *Kyowa Hakko*, sentencia del Tribunal de primera instancia (sala cuarta) de 9 de julio de 2003.
- TJE, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, casos *Hüseyin Gözütok y Klaus Brügge*, sentencia de 11 de febrero de 2003.
- TJE, asunto C-150/05, *Jean Leon van Straaten*, sentencia de 28 de septiembre de 2006.
- TJE, asunto C-436/04, *Leopold HenriVan Esbroeck*, sentencia de 9 de marzo de 2006.
- TJE, asunto C-397/03, *Archer Daniels Midland Co.*, sentencia de 18 de mayo de 2006.
- TJE, asunto C-289/04, *Showa Denko KK*, sentencia de 29 de junio de 2006.
- TJE, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S y otros*, sentencia de 7 de enero de 2004.



TJE, asunto C-367/05, *Kraaijenbrink*, sentencia de 18 de julio de 2007.

TJE, asunto C-467/04, *Giuseppe Francesco Gasparini*, sentencia de 28 de septiembre de 2006.

TJE (gran sala), asunto C-261/09, *Mantello*, sentencia de 16 de noviembre de 2010.

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

TPY, Cámara de Apelaciones, *Celebici*, n° IT-96-21-A, sentencia de 20 de febrero de 2001.

TPY, Cámara de Apelaciones, *Kupreskic*, n° IT-95-16, de 23 de octubre de 2001.

TPY, Cámara de Apelaciones, *Jelusic*, n° IT-95-10, sentencia de 5 de julio de 2001.

TPY, Cámara de Apelaciones, *Tadic*, n° IT-94-1-A, sentencia de 15 de julio de 1999.

TPY, Cámara de Apelaciones, *Tadic*, n° IT-94-1-A y IT-94-1-A *bis*, sentencia sobre la apelación de la pena de 26 de enero de 2000.

TPY, Cámara de Apelaciones, *Aleksovski*, n° IT-95-14/1-A, sentencia de 24 de marzo de 2000.

TPY, Cámara de Juicio II, *Tadic*, n° IT-94-1-T, decisión acerca de la moción de la

defensa sobre la formación de la acusación de 14 de noviembre de 1995.

TPY, Cámara de Juicio II, *Tadic*, n° IT-94-1-T, decisión acerca de la moción de la defensa sobre el principio de *non bis in idem* de 14 de noviembre de 1995

TPR, Cámara de Apelaciones, *Musema*, n° ICTR-96-13-A, sentencia de 16 de noviembre de 2001.

TPR, Cámara de Apelaciones, *Ntagerura*, n° ICTR-99-46-T, sentencia de 7 de julio de 2006.

TPR, Cámara de Apelaciones, *Kayishema*, n° ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de mayo de 1999.

TPR, Cámara de Apelaciones, *Semanza*, n° ICTR-97-20-A, resolución de 31 de mayo de 2000.

TPR, Cámara de Juicio I, *Akayesu*, n° ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998.

TPR, Cámara de Juicio I, *Bagasora*, n° ICTR-96-7-D, sentencia de 17 de mayo 1996.

TPR, Cámara de Juicio II, *Nzabirinda*, n° ICTR-2001-77-T, sentencia de 23 de febrero de 2007.

OTROS DOCUMENTOS OFICIALES

Inglaterra:

The Law Commission (LAW COM No 267), *Double jeopardy and Prosecution Appeals. Report on two references under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965. Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Lord High Chancellor by Command of Her Majesty*, Marzo de 2001.

España:

Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1978, num. 67, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión número seis, celebrada el martes 16 de mayo de 1978.

Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1978, num. 61, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión número tres, celebrada el martes 9 de mayo de 1978.

Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1978, num. 71, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión número diez, celebrada el lunes 22 de mayo de 1978.

Consejo de Europa:

Explanatory Report on Protocol N° 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Estrasburgo, 1985.

Unión Europea:

Comisión CE, *Commission Staff Working Document, Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, Bruselas, 23 de diciembre de 2005, SEC (2005) 1767.

Comisión CE, Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales, COM (2005) 696 final

Consejo UE, Actos legislativos y otros instrumentos, documento n° 7246/03, *Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio "ne bis in idem"*

Consejo UE, Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Diario Oficial n° L 190 de 18 de julio de 2002.

Consejo UE, Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. Diario Oficial n° L 076 de 22 de marzo de 2005.

Parlamento Europeo, Resolución legislativa sobre la iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio "ne bis in idem" (7246/2003 - C5-0165/2003 - 2003/0811[CNS]), de 2 de septiembre de 2003.

ONU:

Documento S/25704. *Informe del Secretario General de la ONU respecto del párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*, de 3 de mayo de 1993.

Documento A/48/10, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session.*

Documento A/49/10, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session.*

Documento A/51/10, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session.*

Documento A/CONF.183/2/Add.1, *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional.*