



# Recopilación de la Jurisprudencia

OPINIÓN DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NIILLO JÄÄSKINEN  
presentada el 2 de mayo de 2014<sup>1</sup>

**Asunto C-129/14 PPU**

**Zoran Spasic**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Nürnberg (Alemania)]

«Procedimiento prejudicial de urgencia — Cooperación policial y judicial en materia penal — Principio non bis in ídem — Acervo de Schengen — Artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen — Artículos 50 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales — Condena por los mismos hechos — Condición de ejecución de una sanción penal — Sanción integrada por dos componentes»

## Índice

I. Introducción .....	2
II. Marco jurídico .....	4
A. El CEDH .....	4
B. Derecho de la Unión .....	4
1. La Carta .....	4
2. El acervo de Schengen en el Derecho de la Unión .....	5
a) El Acuerdo de Schengen .....	5
b) El CAAS .....	5
c) El Protocolo sobre el acervo de Schengen .....	5
III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia .....	6
IV. Análisis .....	8

<sup>1</sup> — Lengua original: francés.

A. Manifestaciones introductorias .....	8
1. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia .....	8
2. Sobre los intereses concurrentes en este asunto .....	9
B. Sobre la primera cuestión prejudicial, referida a la relación entre el artículo 54 del CAAS y el artículo 50 de la Carta .....	11
1. Sobre el principio non bis in idem .....	11
2. Sobre la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS y su aplicación por los instrumentos conexos .....	12
3. Sobre el artículo 4 del Protocolo nº 7 .....	13
4. El artículo 50 de la Carta y su relación con el artículo 4 del Protocolo nº 7 .....	14
5. ¿La condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS entra en conflicto con el artículo 50 de la Carta? .....	15
6. ¿Constituye la condición de ejecución una limitación o una excepción en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta? .....	16
– Sobre la existencia de una injerencia constitutiva de una lesión de un derecho fundamental .....	16
– Sobre la justificación de la injerencia en relación con las condiciones del artículo 52, apartado 1, de la Carta .....	18
– Sobre la justificación a la luz del principio de proporcionalidad .....	19
C. Sobre la segunda cuestión prejudicial, referida a la interpretación de la condición de ejecución a efectos del artículo 54 del CAAS .....	23
V. Conclusión .....	25

## I. Introducción

1. El presente procedimiento tiene su origen en un recurso contra la decisión de mantenimiento de los efectos de una orden de detención emitida por las autoridades alemanas contra el Sr. Spasic, nacional serbio, actualmente en prisión provisional en Alemania con fundamento en esa orden.<sup>2</sup> El Sr. Spasic fue condenado por estafa en Italia, por los mismos hechos que son objeto de dicha orden.

2 — Hay que precisar que las autoridades alemanas emitieron varias órdenes de detención tanto nacionales como europeas, que fueron rectificadas posteriormente. Para los detalles, véase el marco fáctico.

2. Con sus cuestiones prejudiciales el Oberlandesgericht Nürnberg (Alemania) plantea así al Tribunal de Justicia una problemática inédita en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal. En ese contexto se insta al Tribunal de Justicia a clarificar la relación entre el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), que reconoce el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (principio *non bis in idem*), y el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (en lo sucesivo, «CAAS»),<sup>3</sup> relativo a la aplicación de ese principio.

3. En particular, el tribunal remitente trata de saber si la aplicación de la condición enunciada en el artículo 54 del CAAS, según la cual la prohibición de persecución penal por los mismos hechos sólo se aplica siempre que «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» (en lo sucesivo, «condición de ejecución»),<sup>4</sup> puede ser considerada como una limitación justificada del artículo 50 de la Carta a efectos de su artículo 52, apartado 1. Esa cuestión llevará al Tribunal de Justicia a precisar el alcance del principio *non bis in idem* en un contexto transfronterizo, teniendo en cuenta el estado actual de la creación del espacio de libertad, de seguridad y de justicia. También se pide al Tribunal de Justicia la interpretación de la condición de ejecución en el sentido del artículo 54 del CAAS cuando la pena está integrada por dos componentes independientes.

4. Dado que el artículo 50 de la Carta corresponde al artículo 4 del Protocolo n° 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,<sup>5</sup> la presente petición de decisión prejudicial implica determinar los efectos de ese Protocolo en la interpretación del principio *non bis in idem*.

5. En ese sentido señalo de entrada que la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS autoriza a las autoridades de un Estado miembro B a iniciar o continuar una persecución penal a pesar de la existencia de una resolución firme adoptada por un Estado miembro A en relación con la misma persona y con los mismos hechos. Ahora bien, en un contexto nacional esa persecución estaría prohibida tanto por el artículo 4 del Protocolo n° 7, según lo interpretan las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») *Zolotoukhine c. Rusia*<sup>6</sup> y *Muslija c. Bosnia-Herzegovina*,<sup>7</sup> como por el artículo 50 de la Carta, el cual, según las explicaciones sobre ésta, tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), en el supuesto de la aplicación del principio *non bis in idem* en el interior de un mismo Estado miembro. Por consiguiente, también se deben trazar los límites de la potestad discrecional de las autoridades nacionales del Estado miembro B a la luz de las exigencias derivadas de la Carta.<sup>8</sup>

3 — Convenio de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19).

4 — Véase la sentencia *Kretzinger* (C-288/05, EU:C:2007:441), apartado 39.

5 — Firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, según su enmienda por el Protocolo n° 11 desde la entrada en vigor de este último el 1 de noviembre de 1998 (en lo sucesivo, «Protocolo n° 7»).

6 — TEDH, 10 de febrero de 2009, n° 14939/03, § 80 a 84.

7 — TEDH, 14 de enero de 2014, n° 32042/11, § 37 relativa a la duplicación de los procedimientos.

8 — Parece que las autoridades alemanas disponen de una facultad discrecional en lo que atañe a la persecución de actos cometidos fuera del territorio al que se aplica el Código penal. Véase el artículo 153 *ter* (§153 c) del Código de procedimiento penal alemán (Strafprozeßordnung).

## II. Marco jurídico

### A. El CEDH

6. El Protocolo n° 7 prevé lo siguiente en su artículo 4, titulado «Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces»:

«1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo en virtud del artículo 15 del [CEDH].»<sup>9</sup>

### B. Derecho de la Unión

#### 1. La Carta

7. El artículo 50 de la Carta, titulado «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», está así redactado:

«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.»

8. El artículo 52 de la Carta, titulado «Alcance e interpretación de los derechos y principios», dispone:

«1. 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. [...] [10].

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo 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.

[...]

9 — Según el punto 26 del informe explicativo del Protocolo n° 7, «[el artículo 4] establece el principio de que una persona no puede ser perseguida o castigada penalmente por los tribunales del mismo Estado a causa de una infracción por la que ya haya sido absuelta o condenada por una sentencia firme (*non bis in idem*)»: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/117.htm>.

10 — De las Explicaciones sobre el artículo 50 de la Carta resulta que el principio «*non bis in idem*» no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios Estados miembros, lo que se corresponde con el acervo del Derecho de la Unión. Se puntualiza que la regla de no acumulación se refiere a la acumulación de dos sanciones de la misma naturaleza, es decir penales. Las excepciones, bien limitadas, en virtud de las cuales los artículos 54 a 58 del CAAS, el artículo 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y el artículo 10 del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción permiten a los Estados miembros apartarse del principio «*non bis in idem*» quedan cubiertas por la cláusula horizontal del apartado 1 del artículo 52 sobre las limitaciones. En lo que se refiere a las situaciones contempladas por el artículo 4 del Protocolo n° 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.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.»

## 2. El acervo de Schengen en el Derecho de la Unión

### a) El Acuerdo de Schengen

9. El 14 de junio de 1985 los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa firmaron en Schengen el Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.<sup>11</sup>

### b) El CAAS

10. El CAAS, concluido el 19 de junio de 1990 por las mismas Partes contratantes y que entró en vigor el 26 de marzo de 1995, prevé lo que sigue en su artículo 54, que forma parte del capítulo III, titulado «Aplicación del principio *non bis in idem*»:

«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.»

11. El artículo 55 del CAAS prevé los supuestos en los que un Estado que sea Parte contratante podrá declarar que no está vinculado por el artículo 54. El artículo 56 establece la regla de que deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de una Parte contratante de la sanción que en su caso se imponga en otro Estado. 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. El artículo 57 se refiere al intercambio de las informaciones pertinentes entre las autoridades competentes. A tenor del 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.

### c) El Protocolo sobre el acervo de Schengen

12. Mediante el Protocolo (nº 2), por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, incorporado como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «Protocolo sobre el acervo de Schengen»),<sup>12</sup> ese corpus jurídico, que comprende el CAAS,<sup>13</sup> fue incluido en el Derecho de la Unión con la denominación «acervo de Schengen».

11 — DO 2000, L 239, p. 13.

12 — DO 1997, C 340, p. 93.

13 — Véase el anexo al Protocolo sobre el acervo de Schengen, punto 2.

13. El artículo 2, apartado 1, de ese Protocolo está así redactado:

«A partir de la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el acervo de Schengen, incluidas las decisiones que haya adoptado hasta la fecha el Comité ejecutivo creado por los acuerdos de Schengen, será inmediatamente aplicable a los trece Estados miembros a que se refiere el artículo 1<sup>[14]</sup>, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo. [...]

[...] El Consejo [...] determinará, [...] conforme a las disposiciones pertinentes de los Tratados, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyan el acervo de Schengen.

Con respecto a dichas disposiciones y decisiones y de acuerdo con la mencionada determinación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejercerá las competencias que le otorgan las disposiciones aplicables pertinentes de los Tratados. [...]

[...]

En tanto no se adopten las medidas mencionadas y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, las disposiciones o decisiones que integran el acervo de Schengen se considerarán actos basados en el título VI del Tratado de la Unión Europea.»

14. El acervo de Schengen fue integrado en el Tratado FUE por el Protocolo (nº 19).<sup>15</sup> El Protocolo (nº 36) sobre las disposiciones transitorias, anexo al Tratado FUE,<sup>16</sup> precisa en sus artículos 9 y 10, los efectos jurídicos de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión adoptados en virtud del Tratado UE antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

### III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

15. El inculcado en el asunto principal, el Sr. Spasic, es un nacional serbio, perseguido por el Staatsanwaltschaft Regensburg (Alemania) por la comisión en Milán el 20 de marzo de 2009 de una estafa en banda organizada. La víctima de ese acto delictivo, el nacional alemán Sr. Soller, entregó al Sr. Spasic 40 000 euros en billetes de pequeño valor facial, a cambio de billetes de 500 euros que posteriormente se revelaron falsos.

16. El Sr. Spasic, contra quien el Staatsanwaltschaft Innsbruck (Austria) emitió una orden de detención europea el 27 de agosto de 2009 por otros delitos similares cometidos en Austria y en Alemania en 2008, fue detenido en Hungría el 8 de octubre de 2009 y entregado después a las autoridades austriacas. Fue condenado en Austria por una sentencia de 26 de agosto de 2010 que adquirió firmeza.

17. El 25 de febrero de 2010 el Amtsgericht Regensburg (Alemania) dictó una orden de detención nacional por el acto de estafa cometido en Milán, que sirvió como base para la orden de detención europea emitida el 5 de marzo de 2010 por el Staatsanwaltschaft Regensburg. El 20 de noviembre de 2013 el Amtsgericht Regensburg dictó contra el Sr. Spasic una nueva orden de detención nacional ampliada, cuyo punto I se refiere a la infracción de estafa cometida en Milán el 20 de marzo de 2009.

14 — El Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia y el Reino de Suecia.

15 — DO 2008, C 115, p. 290.

16 — DO 2008, C 115, p. 322.

18. Por sentencia de 18 de junio de 2012 el Tribunale ordinario di Milano (Italia) condenó en rebeldía al Sr. Spasic a una pena privativa de libertad de un año y al pago de una multa de 800 euros por la infracción cometida en Milán el 20 de marzo de 2009. Observo sobre ese aspecto que la sentencia del Tribunale di Milano adquirió firmeza el 7 de julio de 2012, de modo que la persecución penal en Alemania se tramitó en parte al mismo tiempo que el procedimiento italiano.

19. El Sr. Spasic se encuentra actualmente en prisión provisional en Alemania desde el 6 de diciembre de 2013, fecha en la que las autoridades austriacas lo entregaron a las autoridades alemanas en ejecución de la orden de detención europea de 5 de marzo de 2010.<sup>17</sup> En Austria el Sr. Spasic había comenzado a cumplir una pena de prisión de ocho años. Dada su entrega a las autoridades alemanas, la ejecución de la pena impuesta en Austria fue provisionalmente suspendida. Sin embargo, de los autos no se deduce con claridad si se ha previsto el regreso del Sr. Spasic a Austria antes o después de que hubiera cumplido la pena que en su caso se le impusiera en Alemania.

20. El Sr. Spasic impugnó ante el Amtsgericht Regensburg la resolución que ordenaba su mantenimiento en prisión, alegando en sustancia que en virtud del principio *non bis in idem* no podía ser perseguido en Alemania por los hechos cometidos en Milán por los que el Tribunale ordinario di Milano ya le había impuesto una condena firme y ejecutoria.

21. Tras ser desestimado su recurso, el Sr. Spasic presentó al Landgericht Regensburg la prueba del pago de 800 euros el 23 de enero de 2014, que constituye la ejecución de la pena pecuniaria impuesta por el Tribunale ordinario di Milano.

22. Por resolución de 28 de enero de 2014 el Landgericht Regensburg confirmó la resolución del Amtsgericht Regensburg, precisando que la permanencia en prisión provisional únicamente podía fundarse en lo sucesivo en los hechos descritos en el punto I de la orden de detención de 20 de noviembre de 2013, y desestimó en lo demás el recurso.

23. Ante el tribunal remitente, que conoció después del asunto, el Sr. Spasic afirma en sustancia que la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS no puede restringir válidamente el alcance del artículo 50 de la Carta y que, al haber pagado la multa de 800 euros, debe ser puesto en libertad.

24. En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Nürnberg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) ¿Es compatible con el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen en la medida en que somete la aplicación del principio *non bis in idem* a la condición de que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación del Estado de condena?
- 2) ¿Se cumple también la mencionada condición del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen cuando sólo se ha ejecutado una parte (en este caso, la multa) de la sanción impuesta en el Estado de condena, consistente en dos partes independientes (en este caso, pena privativa de libertad y multa)?»

17 — Conforme al artículo 121 del Código de procedimiento penal alemán, titulado «Prisión provisional por más de seis meses», «mientras no se haya dictado una sentencia que imponga una pena privativa de libertad [...], la permanencia en prisión provisional por el mismo hecho sólo puede prolongarse más de seis meses si la dificultad especial o la amplitud excepcional de las investigaciones u otras razones relevantes no hacen aún posible el enjuiciamiento y justifican la prolongación de la prisión [...]».

25. En la resolución de remisión el tribunal remitente solicitó la tramitación del procedimiento prejudicial de urgencia previsto en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. De los autos resulta que conforme al Derecho alemán la prisión provisional del inculpado no puede prolongarse más de seis meses salvo si concurre una causa especial. Pues bien, es manifiesto que esa prolongación depende de la interpretación del Derecho de la Unión.

26. La Sala competente decidió el 31 de marzo de 2014 tramitar el presente asunto por el procedimiento prejudicial de urgencia. El asunto fue atribuido a la Gran Sala conforme al artículo 113, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento.

27. Han presentado observaciones escritas los representantes del Sr. Spasic, de la República Federal de Alemania, del Consejo y de la Comisión Europea. En la vista celebrada el 28 de abril de 2014 se oyeron los informes de esas partes, y de la República Francesa y la República Italiana.

#### IV. Análisis

##### A. Manifestaciones introductorias

##### 1. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

28. Opino de entrada que el Tribunal de Justicia es competente para responder a la primera cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE y a la segunda en virtud del artículo 35 UE.<sup>18</sup>

29. En relación especialmente con la segunda cuestión prejudicial, en virtud del Protocolo sobre el acervo de Schengen el CAAS tiene un estatuto análogo al de las decisiones, las decisiones marco o los convenios a efectos del artículo 34 UE. Por consiguiente, la competencia del Tribunal de Justicia para responder a la segunda cuestión prejudicial se sustenta en el artículo 35 UE<sup>19</sup> en relación con el artículo 2 y el anexo A de la Decisión 1999/436/CE del Consejo,<sup>20</sup> lo que confirma además una jurisprudencia muy abundante sobre el artículo 54 del CAAS.

30. En cambio, en lo que atañe a la primera cuestión prejudicial, es cierto que en virtud del antiguo artículo K.7 derivado del Tratado de Ámsterdam (actualmente artículo 35 UE), se excluyó la competencia del Tribunal de Justicia para el examen de la validez de los convenios tanto en el marco de los procedimientos prejudiciales como en el del control de legalidad. No obstante, la primera cuestión prejudicial planteada se refiere *expressis verbis* a una posible incompatibilidad entre la Carta y una disposición del CAAS, y no a la invalidez de esta última. Señalo en ese sentido que el artículo 134 del CAAS establece que las disposiciones de éste únicamente serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario.<sup>21</sup>

18 — La mención por el Consejo de la reciente adopción de la Directiva relativa a la orden europea de investigación en materia penal, que debe sustituir las disposiciones correspondientes del CAAS, no puede alterar esa conclusión a mi juicio. Véase la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la orden europea de investigación en materia penal, en vías de publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (véase el doc. PE-CONSE 122/13).

19 — De la información relativa a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 1 de mayo de 1999 (DO L 114, p. 56), resulta que la República Federal de Alemania formuló una declaración con arreglo al artículo 35 UE, apartado 2, por la cual aceptaba la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial según las modalidades previstas en el artículo 35 UE, apartado 3, letra b). Hay que recordar que el artículo 35 UE sigue siendo aplicable *ratione temporis* cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, esto es hasta el 1 de diciembre de 2014.

20 — Decisión de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (DO L 176, p. 17).

21 — Para un análisis, véase Van Raepenbusch, S. : «Le traité d'Amsterdam et la Cour de justice», *Bulletin de la Cour*, septiembre de 1997, n° 51.

31. Dado que forma indudablemente parte del Derecho de la Unión desde su «adquisición de la calidad de instrumento comunitario», el CAAS no pudo eludir la exigencia de control en relación con la Carta. En efecto, en virtud de su competencia exclusiva el Tribunal de Justicia garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados conforme al artículo 19 TUE.<sup>22</sup> Su facultad de interpretación del Derecho primario debe considerarse cierta en relación con el CAAS, que es un acto *sui generis* del Derecho de la Unión con el mismo rango que el Derecho derivado en la jerarquía normativa.

32. En cualquier caso, de la jurisprudencia se sigue que el Tribunal de Justicia es competente para apreciar a la luz de la Carta un acto de Derecho derivado directamente aplicable.<sup>23</sup>

## 2. Sobre los intereses concurrentes en este asunto

33. La aplicación en el ámbito de la Unión del acervo de Schengen, del que forma parte el artículo 54 del CAAS, relativo al principio *non bis in idem*, trata de reforzar la integración europea y en especial permitir que la Unión llegue a ser con mayor rapidez un espacio de libertad, seguridad y justicia, que tiene como objetivo mantener y desarrollar. Ese ambicioso objetivo choca en este momento con un conflicto de competencias en materia penal, en este asunto entre la República Italiana como *locus delicti* y la República Federal de Alemania, como Estado del que es nacional la víctima.<sup>24</sup>

34. Como manifestó la Abogado General Sharpston en sus conclusiones en el asunto M, «no se dispone actualmente de reglas convenidas en el ámbito de la Unión sobre la atribución de competencia penal. La aplicación del principio *non bis in idem* resuelve el problema de una forma limitada y a veces arbitraria. No constituye una alternativa satisfactoria a la resolución de dichos conflictos con arreglo a una serie de criterios comunes».<sup>25</sup>

35. Pues bien, la fuente del principio *non bis in idem* a escala transnacional es la circunstancia de que, cuando en una infracción concurren aspectos que la enlazan con varios ordenamientos jurídicos, hay un riesgo de que cada uno de ellos reivindique su propia competencia, creando así una posibilidad de acumulación de castigos estatales.<sup>26</sup> Dicho esto, el presente asunto no suscita interrogantes sobre los problemas ligados a la aplicación del principio *non bis in idem* que han sido objeto recientemente de intensas discusiones académicas y jurisdiccionales tanto a nivel europeo como nacional, en especial en el caso de persecuciones penales y administrativas relacionadas con los mismos hechos. Además, en esos debates se ha planteado la cuestión de cómo determinar el concepto de identidad de infracción y el de «enjuiciamiento por una resolución firme» en el supuesto de que las actuaciones penales no hayan finalizado mediante una resolución jurisdiccional.

22 — Sobre la delimitación de competencias entre el primer y el tercer pilar, véase la sentencia Comisión/Consejo (C-170/96, EU:C:1998:219).

23 — Sentencia McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582), apartado 52.

24 — Según resulta de la petición de decisión prejudicial, conforme al artículo 7, apartado 1, del Código penal alemán (Strafgesetzbuch), el inculcado está sujeto a la competencia penal de la República Federal de Alemania a causa de la nacionalidad de la víctima.

25 — C-398/12, EU:C:2014:65 (punto 51). Sobre los intentos de resolver el problema, la Abogado General remite en la nota a pie de página al *Libro verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales*, elaborado por la Comisión [COM(2005) 696 final].

26 — Da Cunha Rodrigues, J.N.: «À propos du principe “Ne bis in idem” – Un regard sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», *Une communauté de droit*, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Berlín, 2003, p. 165.

36. El presente asunto entra plenamente en el ámbito de aplicación del artículo 54 del CAAS. En efecto, consta que las actuaciones penales en Italia y Alemania conciernen a los mismos hechos<sup>27</sup> y, *mutatis mutandis*, al delito de estafa. La naturaleza penal de los dos procedimientos no se puede poner en duda,<sup>28</sup> y aún menos la naturaleza jurisdiccional y firme desde el 7 de julio de 2012 de la sentencia del Tribunale ordinario di Milano de 18 de junio de 2012.<sup>29</sup>

37. Dicho de otra forma, tanto el aspecto «*bis*» como el aspecto «*idem*» concurren en el presente asunto. En realidad, en el centro del presente procedimiento prejudicial está la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 50 de la Carta.

38. En ese sentido es evidente que la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS no figura en el artículo 50 de la Carta. Además, observo que el alcance del artículo 50 de la Carta no se ha delimitado aún con carácter concluyente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

39. En efecto, el principio *non bis in idem* también es aplicable fuera del Derecho penal llamado «clásico»,<sup>30</sup> siendo el ejemplo más frecuente el Derecho de la competencia en el que la aplicación del principio se somete a una triple condición de identidad de los hechos, de unidad del infractor y de unidad del interés jurídico protegido.<sup>31</sup> De ello resulta por tanto que el mismo operador económico puede ser perseguido y sancionado simultáneamente por los mismos hechos por las autoridades nacionales y por la Comisión porque los dos procedimientos persiguen fines diferentes.<sup>32</sup>

40. Por otro lado, el principio *non bis in idem* es aplicable en el ámbito de los controles y de las sanciones de las irregularidades cometidas en el Derecho de la Unión,<sup>33</sup> lo que el Tribunal de Justicia ha recordado en relación con la aplicación acumulativa de sanciones administrativas.<sup>34</sup>

41. Por consiguiente, considero de entrada que el análisis del alcance del principio *non bis in idem* a la luz de la Carta en el presente asunto debe limitarse al ámbito estricto del *Derecho penal clásico*, excluyendo así pues las cuestiones ligadas a las sanciones administrativas, con todas las consecuencias y particularidades que ese ámbito del Derecho penal puede llevar consigo.

42. Finalmente, sabiendo que el texto del artículo 50 de la Carta es idéntico al del artículo 4 del Protocolo n.º 7, con la única diferencia de su ámbito de aplicación territorial, será preciso ante todo analizar los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en ese ámbito.

27 — Sentencias van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165), apartados 27 y 36; van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614), apartados 41, 47 y 48, y Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683), apartado 39.

28 — Sentencia van Straaten (EU:C:2006:614), apartado 55 y, a contrario, sentencia Miraglia (C-469/03, EU:C:2005:156), apartados 29 y 30.

29 — Véase en ese sentido la sentencia Gasparini y otros. (C-467/04, EU:C:2006:610), apartado 33, y van Esbroeck (EU:C:2006:165), apartado 21.

30 — El carácter autónomo del concepto «acusación en materia penal» fue reconocido por el TEDH en la sentencia Engel c. Países Bajos, 8 de junio de 1976, n.º 5100/71. Con el término «clásico» me refiero al Derecho penal represivo que expresa una condena social o moral grave del acto en cuestión y que se califica como tal por el ordenamiento aplicable. Véase también la sentencia Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319), apartados 37 y ss.

31 — Ese 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 jurídico. Véase la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 338.

32 — Véanse las sentencias Wilhelm y otros (14/68, EU:C:1969:4), apartado 11; Tréfileurope/Comisión (T-141/89, EU:T:1995:62), apartado 191, y Sotralentz/Comisión (T-149/89, EU:T:1995:69), apartado 29. Por otro lado, se considera que la preservación de una competencia no falseada en el territorio de la Unión o en el Espacio Económico Europeo es un objeto distinto de la protección referida al mercado de un tercer país. Por tanto, la Comisión no está obligada a observar el principio de no acumulación de sanciones y tener en cuenta las sanciones impuestas anteriormente. Véase sobre la aplicación del principio *non bis in idem* la sentencia Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión (T-224/00, EU:T:2003:195), apartados 90 a 93, que también contiene un análisis del alcance del artículo 50 de la Carta, que no es aplicable en caso de infracción del Derecho de la competencia de dimensión mundial.

33 — Véase el preámbulo del Reglamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO L 312, p. 1).

34 — Véase la sentencia Beneo-Orafti (C-150/10, EU:C:2011:507), apartados 68 y ss.

B. Sobre la primera cuestión prejudicial, referida a la relación entre el artículo 54 del CAAS y el artículo 50 de la Carta

1. Sobre el principio *non bis in idem*

43. El principio *non bis in idem*, calificado por el Tribunal de Justicia como «exigencia general de equidad»,<sup>35</sup> se reconoce a escala universal en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, el Derecho internacional público no impone ese principio a los Estados, y no se ha considerado como integrado en el concepto de proceso equitativo enunciado en el artículo 6 del CEDH.<sup>36</sup>

44. En el Derecho de la Unión la aplicabilidad del principio *non bis in idem*<sup>37</sup> fue reconocida por el Tribunal de Justicia ya en 1966 en la sentencia Gutmann/Comisión.<sup>38</sup> Como el Tribunal de Justicia ha juzgado posteriormente, «el principio *non bis in idem*, recogido también en el artículo 4 del Protocolo n° 7 [...] constituye un principio fundamental del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el órgano jurisdiccional».<sup>39</sup> Constituye por tanto la fuente de una jurisprudencia especialmente rica en particular en los ámbitos del Derecho de la competencia y de la cooperación en materia penal así como en el de la protección de los intereses financieros de la Unión, lo que a mi parecer aboga en contra de la conclusión de que exista un concepto de *non bis in idem* único y uniforme en todos los ámbitos del Derecho de la Unión. Finalmente, la cualidad de derecho fundamental de ese principio se ha reconocido en el artículo 50 de la Carta.

45. Sin entrar en detalles es preciso recordar que la máxima *non bis in idem* abarca dos aspectos o ideas jurídicas diferentes.<sup>40</sup> Se trata, por un lado, de la prohibición de una segunda persecución en un mismo asunto que afecte a la misma persona («Erledigungsprinzip», es decir, el principio de agotamiento de los procedimientos) y, por otro lado, del principio de la toma en consideración («Anrechnungsprinzip»), que implica que cuando ya se haya impuesto una condena por el mismo delito en otro país la nueva resolución debe tenerla en cuenta para reducir la segunda condena.<sup>41</sup> Como explicó el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, el primer aspecto se basa en las exigencias de la seguridad jurídica mientras que el segundo refleja las de la equidad, de la que son un instrumento las reglas de proporcionalidad.<sup>42</sup>

46. Consta que, atendiendo a su redacción, el artículo 54 del CAAS sólo abarca el primer aspecto, es decir la interdicción de una doble persecución, mientras que el texto del artículo 50 de la Carta y del artículo 4 del Protocolo n° 7 comprenden ambos aspectos.

35 — Sentencia Wilhelm y otros (EU:C:1969:4), apartado 11.

36 — TEDH, X c. República Federal de Alemania, 16 de mayo de 1977, n° 7680/76; X c. Bélgica, 16 de mayo de 1977, n° 7697/76, y Gestra c. Italia, 16 de enero de 1995, n° 21072/92.

37 — Señalo que con frecuencia, como por ejemplo en las explicaciones sobre la Carta, ese principio se denomina «*non bis in idem*». Según van Boeckel, la variante «*ne bis in idem*» es más correcta conforme a las reglas de la gramática latina. Véase van Boeckel, Blas, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, Kluwer Law International BV, Alphen an den Rijn, 2010, p. 31.

38 — 18/65 y 35/65, EU:C:1966:24.

39 — Véanse las sentencias Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, EU:C:2002:582), apartado 59, y Showa Denko/Comisión (C-289/04 P, EU:C:2006:431), apartado 50.

40 — Esos principios se incorporan respectivamente en las locuciones latinas «*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*» y «*nemo debet bis puniri pro uno delicto*».

41 — Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal [COM(2000) 495 final].

42 — Conclusiones en el asunto Gözütok y Brügge (C-187/01, EU:C:2002:516), puntos 49 y 50.

## 2. Sobre la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS y su aplicación por los instrumentos conexos

47. El artículo 54 del CAAS es la primera disposición que establece una regla *non bis in idem* vinculante aplicable en las relaciones transfronterizas en el ámbito del Derecho penal.<sup>43</sup> Una disposición idéntica, en sustancia, a la del artículo 54 del CAAS figuraba ciertamente en el Convenio relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem*, pero éste no ha entrado en vigor.<sup>44</sup> Además, la condición de ejecución de alcance transnacional también ha tenido precedentes en los convenios europeos de extradición.<sup>45</sup>

48. Las razones por las que los autores del CAAS sometieron la aplicabilidad del principio *non bis in idem* a la condición de que «se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya» me parecen evidentes. Como observan el Gobierno alemán y el Consejo, esa condición pretende garantizar que la persona afectada sea efectivamente *castigada por la infracción al menos una vez*, o dicho de otra manera, intenta *evitar la impunidad*. El objetivo de evitar la impunidad se deduce con claridad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de las sentencias Miraglia<sup>46</sup> y Kretzinger.<sup>47</sup>

49. El principio *non bis in idem*, acompañado de la condición de ejecución, fue incorporado después en la Decisión marco 2002/584/JAI<sup>48</sup> y figura entre los motivos de inexecución obligatoria de esa orden.<sup>49</sup> Pues bien, antes de adoptarse esa Decisión marco las personas condenadas a sanciones penales podían eludir fácilmente su ejecución desplazándose entre los Estados miembros y, en particular, volviendo al Estado del que eran nacionales. La Decisión marco así como otros actos del Derecho de la Unión adoptados posteriormente elevaron la eficacia de la persecución penal en las situaciones transfronterizas y facilitaron la ejecución de las condenas penales.<sup>50</sup>

50. Además, una condición de ejecución elaborada con el mismo modelo que el artículo 54 del CAAS figura en el artículo 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas<sup>51</sup> y en el artículo 10 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.<sup>52</sup>

43 — En realidad un texto comparable pero poco conocido establecía una primera prohibición de la doble persecución y de la doble pena en el plano comunitario: la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989 por la que se aprueba la declaración de los derechos y libertades fundamentales (véanse en especial los artículos 20 y 25 de esa declaración relativos al principio *non bis in idem*) (DO 1989, C 120, p. 51).

44 — Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas de 25 de mayo de 1987, relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem*, mencionado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Gözütok y Brügge (C-187/01 y C-385/01, EU:C:2003:87), apartado 46.

45 — Véase el artículo 2 del Protocolo Adicional de 15 de octubre de 1975 al Convenio de Extradición del Consejo de Europa que modificó el artículo 9 de éste. Véase también el artículo 35 del Convenio europeo sobre la transferencia de la persecución penal de 15 de mayo de 1972.

46 — EU:C:2005:156, apartados 33 y 34.

47 — EU:C:2007:441, apartado 51.

48 — 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 (DO L 190, p. 1).

49 — Sobre la interpretación de los motivos de inexecución de una orden de detención europea, véanse en especial las sentencias Kozłowski (C-66/08, EU:C:2008:437) y Wolzenburg (C-123/08, EU:C:2009:616).

50 — Véanse al respecto las medidas enumeradas en las notas 85 a 87 de estas conclusiones.

51 — Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 316, p. 48).

52 — Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 195, p. 1).

51. En cambio, varios actos de Derecho derivado, en especial el artículo 9 de la Decisión marco 2008/909/JAI,<sup>53</sup> mencionan el principio *non bis in idem* entre los motivos de inexecución de una sentencia penal sin que ese principio esté unido a una condición de ejecución.<sup>54</sup>

52. Aun reconociendo que el surgimiento de un régimen de cooperación más eficaz en materia penal en el Derecho de la Unión no puede afectar por sí solo a la interpretación de la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS, esa evolución no puede dejar de incidir en la apreciación de la compatibilidad de ese artículo con el artículo 50 de la Carta y en la apreciación de su proporcionalidad en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta. En efecto, como la Comisión observó en el Libro verde antes citado,<sup>55</sup> «esta condición estaba justificada en el sistema tradicional de asistencia recíproca, en el que la ejecución de la sanción en otros Estados miembros resultaba a veces difícil. Es discutible que siga siendo necesaria en el espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la ejecución transfronteriza se lleva a cabo a través de los instrumentos de la UE para el reconocimiento mutuo».<sup>56</sup>

### 3. Sobre el artículo 4 del Protocolo n° 7

53. A diferencia del artículo 54 del CAAS, el artículo 4 del Protocolo n° 7 no se aplica a las relaciones transfronterizas sino que su ámbito de aplicación está limitado estrictamente a las situaciones internas de un Estado. Como ya he expuesto, ese artículo no contiene una condición de ejecución análoga a la prevista en el artículo 54 del CAAS, pero en cambio abarca tanto la prohibición de la doble persecución como de la doble pena.

54. El Protocolo n° 7, adoptado el 22 de noviembre de 1984, fue ratificado por 43 miembros del Consejo de Europa, entre ellos todos los Estados miembros de la Unión Europea excepto la República Federal de Alemania, el Reino de los Países Bajos, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Como resulta del proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH, ese Protocolo no se encuentra entre los instrumentos a los que está prevista la adhesión de la Unión.<sup>57</sup> La falta de mención de ese Protocolo en la resolución de remisión puede explicarse así pues por el hecho de que la República Federal de Alemania no lo ha ratificado.<sup>58</sup> No obstante, al firmar ese Protocolo la República Federal de Alemania formuló ciertas declaraciones.<sup>59</sup>

55. Conforme al artículo 4, apartado 1, del Protocolo n° 7, nadie puede ser perseguido o condenado penalmente dos veces. A tenor del apartado 2 del mismo artículo, la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, es no obstante posible si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. El artículo 4, apartado 3, del Protocolo n° 7 no autoriza excepción alguna al mismo artículo en virtud del artículo 15 del CEDH, que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación permite tomar medidas que se separen de las obligaciones previstas por el CEDH.

56. En suma, el artículo 4 du Protocolo n° 7 garantiza así pues una *protección que, sin ser absoluta, sigue siendo no obstante más elevada* que la prevista en general en las disposiciones del CEDH.

53 — Decisión marco del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327, p. 27).

54 — Véase la nota 87 de las presentes conclusiones.

55 — *Libro verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales.*

56 — *Ibidem* (punto 3).

57 — Véase el artículo 1 del proyecto de Acuerdo de adhesión:  
[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Meeting\\_reports/47\\_1\(2013\)008rev2\\_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_FR.pdf)

58 — Parece que la falta de ratificación está ligada al artículo 1 del Protocolo n° 7. Véase el informe del Bundestag, p. 3:  
<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/129/1712996.pdf>

59 — Declaración formulada al tiempo de la firma el 19 de marzo de 1985, accesible en el sitio del Consejo de Europa:  
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?CL=FRE&NT=117&VL=0>

57. Las disposiciones del artículo 4 del Protocolo n° 7 constituyen una fuente de jurisprudencia rica y variada del TEDH, que me parece falta de precisión en la definición de los conceptos de persecución penal o de sanción penal, y en especial en la interpretación del concepto de infracción.

58. Sobre esa última cuestión, en la sentencia *Zolotoukhine c. Rusia* el TEDH interpretó el concepto de infracción como referido a «hechos que constituyen un conjunto de circunstancias fácticas concretas en las que está implicado el mismo infractor, e indisolublemente ligadas en el tiempo y en el espacio». <sup>60</sup> Por tanto, el TEDH se aproximó a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia enunciada acerca del artículo 54 del CAAS y de «la identidad de los hechos materiales», que es el único criterio pertinente para la aplicación de ese artículo. <sup>61</sup>

59. La jurisprudencia del TEDH confirma, sin excepción, que el principio *non bis in idem* no sólo comprende el supuesto de doble condena sino también el de doble persecución. <sup>62</sup> El artículo 4 del Protocolo n° 7 tiene por objeto impedir la reiniciación de un procedimiento penal terminado por resolución firme. Pues bien, una resolución se considera firme si «ha adquirido fuerza de cosa juzgada. Así sucede cuando es irrevocable, es decir cuando no es impugnabile por los medios de recurso ordinarios o si las partes los han agotado o no los han utilizado dentro de los plazos prescritos». <sup>63</sup>

60. Además, de una reciente sentencia dictada en el asunto *Muslija c. Bosnia-Herzegovina* se deduce que el artículo 4 del Protocolo n° 7 prohíbe la continuación de procedimientos penales paralelos después de que uno de ellos haya conducido a una resolución firme. *En ese supuesto se debe poner fin a los otros procedimientos.* <sup>64</sup>

4. El artículo 50 de la Carta y su relación con el artículo 4 del Protocolo n° 7

61. Como ya he manifestado, el artículo 50 de la Carta está redactado en términos idénticos a los del artículo 4 del Protocolo n° 7, con la única diferencia del ámbito de aplicación territorial del principio *non bis in idem*, que en el caso de la Carta abarca toda la Unión, <sup>65</sup> mientras que el del artículo 4 del Protocolo n° 7 sólo comprende el territorio de un Estado.

60 — TEDH, 10 de febrero de 2009, n° 14939/03, § 84.

61 — En ese contexto el referido concepto se ha interpretado como comprensivo únicamente de los hechos materiales, entendidos como un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido (véanse las sentencias *van Esbroeck*, EU:C:2006:165, apartados 27, 32, 36 y 42; *Gasparini y otros*, EU:C:2006:610, apartado 54; *van Straaten*, EU:C:2006:614, apartados 41, 47 y 48, y *Kraaijenbrink*, C-367/05, EU:C:2007:444, apartado 26). Es preciso señalar además que ese concepto de «los mismos hechos», que también figura en la Decisión marco 2002/584/JAI, sobre la orden de detención europea, se ha interpretado por el Tribunal de Justicia como un concepto autónomo del Derecho de la Unión (véase la sentencia *Mantello*, EU:C:2010:683, apartado 38).

62 — Observo en ese sentido una incoherencia terminológica en la versión francesa entre el título del artículo 50 de la Carta que se refiere al «droit de ne pas être jugé ou puni pénalement» y el texto del artículo 50 de la Carta a cuyo tenor «nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement».

63 — Véase en particular, TEDH, *Nikitine c. Rusia*, 20 de julio de 2004, n° 50178/99, § 37; *Horciag c. Rumania*, 15 de marzo de 2005, n° 70982/01; *Muslija c. Bosnia-Herzegovina*, 14 de enero de 2014, n° 32042/11, y *Zigarella c. Italia*, 3 de octubre de 2002, n° 48154/99.

64 — «Thus the two proceedings were conducted concurrently. At the time the minor-offences conviction became final and required the force of res iudicata, the criminal proceedings were pending before the first-instance court. In these circumstances, the Court considers that the Municipal Court should have terminated the criminal proceedings following the delivery of a “final” decision in the first proceedings», (sentencia *Muslija c. Bosnia-Herzegovina*, antes citada, § 37).

65 — Según las explicaciones sobre el artículo 52 de la Carta, el artículo 50 corresponde al artículo 4 del Protocolo n° 7 del CEDH, si bien su alcance se amplía al nivel de la Unión Europea entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

62. Consta que la Carta debe interpretarse de conformidad con las disposiciones correspondientes del CEDH. No obstante, se plantea la cuestión de si ese criterio se aplica también en los casos en los que una disposición del CEDH no obliga a todos los Estados miembros. En ese sentido ya se han expuesto diversos criterios acerca de la consideración plena de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la interpretación del principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión.<sup>66</sup>

63. A mi parecer la falta de ratificación del Protocolo n° 7 por algunos Estados miembros no puede afectar a la interpretación del artículo 50 de la Carta ya que ese hecho no puede alterar el alcance de esa disposición. En caso contrario ello equivaldría a reconocer a los Estados miembros una facultad de interpretación unilateral del contenido del sistema de derechos fundamentales de la Unión. Pues bien, ello debe excluirse a la luz del principio de autonomía del Derecho de la Unión en conexión con la función del Tribunal de Justicia de asegurar su interpretación uniforme.

64. Por consiguiente, es precisa una interpretación coherente del artículo 50 en relación con el artículo 4 del Protocolo n° 7, partiendo del principio de identidad de sentido de ambas disposiciones en lo que atañe a los términos idénticos que figuran en ellas.

5. ¿La condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS entra en conflicto con el artículo 50 de la Carta?

65. Dada la complejidad de la presente problemática me propongo analizar la relación entre el artículo 54 del CAAS y el artículo 50 de la Carta de la siguiente forma. Ante todo plantearé la cuestión de una posible incompatibilidad entre ambas disposiciones. Después, si no se pudiera apreciar una incompatibilidad, trataré de determinar si se trata de una injerencia en el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por una misma infracción. En ese contexto será preciso apreciar si la condición de ejecución enunciada en el artículo 54 del CAAS puede constituir esa injerencia. Por último, se han de examinar las condiciones enunciadas en el artículo 52 de la Carta, y en particular la del respeto del contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, y la proporcionalidad de la injerencia derivada del artículo 54 del CAAS en relación con el artículo 50 de la Carta.

66. Consta que la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS impone a la aplicación del principio *non bis in idem* requisitos adicionales que no se encuentran en el artículo 50 de la Carta y que no corresponden a las excepciones permitidas por el artículo 4, apartado 2, del Protocolo n° 7.

67. Además, considero que la aplicación de esa condición conduce a un resultado que no se ajusta materialmente a la jurisprudencia antes citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no obstante sigue siendo aplicable y limitada únicamente a las situaciones internas de un Estado. En efecto, la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS no impide por sí misma iniciar o continuar una persecución por los mismos hechos aun cuando haya adquirido firmeza una sentencia penal en otro Estado miembro.

68. Sin embargo, la hipótesis de incompatibilidad con el CEDH, aducida únicamente por el representante del Sr. Spasic, es concebible en cuatro supuestos comprendidos en la expresión «en la Unión» del artículo 50 de la Carta. Se trata de los supuestos de doble persecución por las autoridades de la Unión, de doble persecución por las autoridades nacionales y por las de la Unión, de doble persecución en el ámbito nacional y de doble persecución transfronteriza. Sabiendo que sólo los dos últimos casos son pertinentes en el ámbito de la cooperación en materia penal tal como existe en el estado actual del Derecho de la Unión, es oportuno limitar la discusión a estos dos.

66 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto Bonda (C-489/10, EU:C:2011:845), punto 43, y las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2012:340), punto 109.

69. A mi parecer, la protección especialmente elevada establecida en el artículo 4 del Protocolo nº 7, conforme a la que nadie puede ser perseguido dos veces por los mismos hechos, y el desarrollo del espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que la ejecución transfronteriza se realiza actualmente gracias a los instrumentos del Derecho de la Unión sobre el reconocimiento mutuo, inclinarían a una aplicación rigurosa del artículo 50 de la Carta. De ello resultaría a primera vista una incompatibilidad entre la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS y la Carta.

70. Sin embargo, esa conclusión podría contradecir las explicaciones sobre la Carta, que parecen establecer una distinción entre las situaciones nacionales y las transfronterizas en lo que atañe a la aplicación del principio *non bis in idem*.

71. En efecto, según esas explicaciones «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». El artículo 50 corresponde por tanto al artículo 4 del Protocolo nº 7, si bien «su alcance se amplía al nivel de la Unión Europea entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros». Ello parece implicar que en las situaciones transfronterizas el sentido y el alcance del artículo 50 de la Carta podrían divergir del CEDH. No obstante, parece que los autores de las explicaciones consideraron antes bien que el acervo de la Unión mencionado en ellas constituye una limitación del ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 50 de la Carta, conforme a su artículo 52, apartado 1.

72. Además, la redacción poco precisa del artículo 50 de la Carta no permite deducir conclusiones unívocas y uniformes ante la diversidad de situaciones en las que podría ser aplicable ese principio, tanto fuera del campo del Derecho penal clásico como en situaciones menos evidentes, como la del presente asunto.

73. Por todas esas razones, no creo que el Tribunal de Justicia pudiera considerar la condición de ejecución incompatible como tal con la Carta.

6. ¿Constituye la condición de ejecución una limitación o una excepción en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta?

– Sobre la existencia de una injerencia constitutiva de una lesión de un derecho fundamental

74. Si se acepta la interpretación de las explicaciones sobre la Carta antes expuesta, me parece imposible negar la inexistencia de conflicto alguno entre la condición de ejecución y el artículo 50 de la Carta. Ahora bien, una limitación o una excepción a un derecho fundamental sólo es concebible si la regla considerada constituye una injerencia en el derecho fundamental afectado.<sup>67</sup>

75. Haciendo referencia a la jurisprudencia de los tribunales alemanes de superior rango<sup>68</sup> y a la luz de las explicaciones sobre la Carta en su versión actualizada en 2007,<sup>69</sup> el tribunal remitente manifiesta que el artículo 54 del CAAS constituye una disposición limitativa en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta. Según el tribunal remitente, los términos de esas explicaciones «las excepciones, bien limitadas, en virtud de las cuales estos convenios permiten a los Estados miembros apartarse del principio *non bis in idem*» se refieren a los convenios<sup>70</sup> que contienen el principio *non bis in idem* elaborado según el modelo del CAAS, o a sus disposiciones de excepción, incluidos los artículos 54 a 58 del CAAS.

67 — Véase la reciente sentencia *Digital Rights Ireland* (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238), apartados 32 y ss.

68 — Bundesgerichtshof y Bundesverfassungsgericht.

69 — DO 2007, C 303, p. 17. Sin embargo, no se ha producido ningún cambio en relación con el artículo 50 de la Carta.

70 — Véase la nota 10.

76. Es verdad que el Tribunal de Justicia está obligado a tomar debidamente en consideración esas explicaciones conforme al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo tercero, y al artículo 52, apartado 7, de la Carta.<sup>71</sup> Ello implica, a contrario, que el Tribunal de Justicia no está vinculado por ellas en la interpretación de la Carta. Además, en caso de que esas explicaciones remitan al acervo de la Unión en lo referido al Derecho derivado ello no implica a mi parecer que la compatibilidad de ese acervo con la Carta no se pueda poner en cuestión teniendo en cuenta la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y del Tribunal de Justicia y el desarrollo del Derecho de la Unión.

77. Sin querer tomar posición sobre la posición de los artículos 55 a 58 del CAAS en relación con el artículo 52, apartado 1, de la Carta, me parece que algunas de esas disposiciones establecen claramente limitaciones del derecho fundamental nacido del principio *non bis in idem*.

78. En cambio, esa cualidad es menos evidente en el caso del artículo 54 del CAAS. En efecto, el objetivo de la condición de ejecución prevista en esa disposición es delimitar o precisar el ámbito de aplicación de la regla *non bis in idem* en un contexto transfronterizo, antes que introducir una limitación o una excepción a dicha regla. Es cierto que en sus observaciones escritas la Comisión califica la condición de ejecución como condición para la aplicación del artículo 54 del CAAS, y no como excepción a esa disposición. Sin embargo, esa calificación interna de la disposición del CAAS no incide en la cuestión de la relación entre el artículo 54 del CAAS, en su integridad, y el artículo 50 de la Carta, desde el ángulo del artículo 52 de la Carta.

79. Por tanto, es preciso plantear la cuestión de si la cualidad de limitación como tal depende de una apreciación subjetiva u objetiva.

80. En el primer supuesto una norma constituye una limitación en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta únicamente en el supuesto de que se haya establecido como tal. Ese supuesto, que podría excluir la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS del ámbito de aplicación del artículo 52, exige por tanto que el legislador haya establecido la norma con el fin de limitar el derecho fundamental considerado y que al establecer esa limitación también haya tenido en cuenta su proporcionalidad, en el sentido de la segunda frase de ese artículo.

81. No obstante, pienso que el concepto de limitación previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta debe entenderse como un concepto objetivo. Así pues, toda disposición del Derecho de la Unión, o del Derecho nacional en aplicación del Derecho de la Unión, que de hecho o conforme a Derecho limite eventualmente el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta puede ser apreciada en relación con su compatibilidad con la Carta y, en consecuencia, con su cualidad de limitación a efectos del artículo 52 de la Carta. Además, el control de la compatibilidad de las disposiciones del Derecho de la Unión con los derechos fundamentales reconocidos por la Carta, la cual sólo llegó a ser jurídicamente vinculante en 2009, es obligada tratándose de las disposiciones adoptadas con anterioridad.<sup>72</sup>

82. Por consiguiente, la aplicación de la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS puede constituir una limitación, en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta, del derecho fundamental reconocido en el artículo 50 de ésta.

71 — Véase la sentencia Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 20.

72 — Entre los ejemplos de apreciación a la luz de la Carta de medidas de Derecho derivado adoptadas antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa véanse las sentencias Association belge des Consommateurs Test-Achats y otros (C-236/09, EU:C:2011:100); Volker und Markus Schecke y Eifert (C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662), y Digital Rights Ireland (EU:C:2014:238).

– Sobre la justificación de la injerencia en relación con las condiciones del artículo 52, apartado 1, de la Carta

83. Conviene recordar previamente que el Tribunal de Justicia reconoce que, salvo algunas excepciones,<sup>73</sup> los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados.<sup>74</sup> Por tanto, en su jurisprudencia el Tribunal de Justicia pretende lograr un justo equilibrio entre los diferentes derechos e intereses por una parte y los derechos fundamentales y las libertades económicas por otra,<sup>75</sup> y lleva a cabo esa ponderación teniendo también en cuenta los objetivos que pretende la limitación de un derecho fundamental.<sup>76</sup>

84. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica un razonamiento semejante<sup>77</sup> admitiendo que algunos derechos se prestan a limitaciones siempre que las aplicadas no afecten a la esencia misma del derecho. Además, esas limitaciones sólo son conciliables con la disposición en cuestión del TEDH si persiguen una finalidad legítima y existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida.<sup>78</sup> En particular, cuando se trata de determinar la injerencia en relación con las libertades definidas en el TEDH la apreciación de una injerencia no implica la vulneración del Convenio, pero exige comprobar si esa injerencia se ajusta a las condiciones de legalidad formal (ser establecida por la ley), de legalidad material (perseguir finalidades legítimas en relación con la disposición considerada), y de su carácter indispensable en una sociedad democrática.<sup>79</sup>

85. Recuérdese que la primera frase del artículo 52, apartado 1, de la Carta autoriza limitaciones de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta siempre que sean establecidas por la ley y respeten el contenido esencial de los derechos y libertades afectados. La segunda frase de la misma disposición sujeta esas limitaciones a un criterio de proporcionalidad.<sup>80</sup>

86. En el presente asunto es indudable que la condición de ejecución se ajusta a la exigencia de que debe ser *establecida por la ley*.

87. Considero, no sin vacilación, que la condición de ejecución cumple la exigencia de *respeto del contenido esencial* del derecho fundamental afectado.

73 — Véase en ese sentido la sentencia Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333), apartado 80, en relación con el derecho de toda persona a la vida y la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes.

74 — Véanse las sentencias Wachauf (5/88, EU:C:1989:321), apartado 18; Dokter y otros (C-28/05, EU:C:2006:408), apartado 75 y la jurisprudencia citada, y G. y R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533), apartado 33.

75 — Véanse entre otras muchas las sentencias Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54); Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771); Bonnier Audio y otros (C-461/10, EU:C:2012:219); Trade Agency (C-619/10, EU:C:2012:531); Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526); Schmidberger (EU:C:2003:333), y Comisión/Alemania (C-271/08, EU:C:2010:426).

76 — Sentencias Volker und Markus Schecke y Eifert (EU:C:2010:662), apartados 67 a 71, y Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670), apartados 36 a 38).

77 — Las tres categorías de derechos a efectos del CEDH son los derechos que pueden ser objeto de limitaciones expresas, los derechos comprendidos en el artículo 15 del CEDH y los derechos de naturaleza absoluta, como en el caso del artículo 3 del CEDH. Véase Peers, S. y Prechal, S.: *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Hart Publishing 2014, p. 1462.

78 — Sobre el derecho de acceso a la justicia, véase TEDH, Fogarty c. Reino Unido, 21 de noviembre de 2001, n° 37112/97.

79 — Para un ejemplo clásico, véase TEDH, Silver c. Reino Unido, 25 de marzo de 1983, n°s 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 y 7136/75.

«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.»

88. Es difícil en efecto delimitar el contenido esencial distintivo del principio *non bis in idem*. No obstante, con apoyo en la evolución de la protección internacional y nacional de ese derecho fundamental me parece posible identificar su «núcleo duro». De esa manera, la esencia de ese derecho fundamental puede concebirse como consistente en i) la interdicción de la persecución penal iniciada después de pronunciarse una sentencia firme, ii) de naturaleza penal clásica, iii) por las autoridades del mismo Estado, iv) en caso de identidad de los hechos v) así como de identidad de su calificación jurídica teniendo en cuenta el bien protegido conforme al Derecho nacional aplicable, vi) siempre que el primer procedimiento no incurriera en un vicio grave y vii) siempre que no aparezcan pruebas nuevas. Sin embargo, ese derecho fundamental no es aplicable a los delitos especialmente graves como el genocidio.

89. Por consiguiente, puede admitirse una injerencia fuera del ámbito del Derecho penal clásico en los casos de concurso ideal de infracciones y en las situaciones transfronterizas. Ese último supuesto es en particular el del artículo 54 del CAAS, que no impide una nueva persecución penal por los mismos hechos por los que la persona interesada ya ha sido condenada por una sentencia firme en otro Estado miembro. Esa es exactamente la situación del Sr. Spasic.

90. En razón de esas observaciones propongo declarar que el artículo 54 del CAAS, que refleja el principio *non bis in idem* en un contexto transfronterizo, respeta la esencia del principio *non bis in idem* como derecho fundamental.

– Sobre la justificación a la luz del principio de proporcionalidad

91. Siendo así, es preciso comprobar la proporcionalidad de la injerencia constatada. En ese sentido hay que recordar que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones de la Unión sean adecuados para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate y no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de dichos objetivos.<sup>81</sup>

92. En lo referente al *objetivo de interés general* que sustente la limitación de que se trata, el derecho fundamental a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, enunciado en el artículo 50 de la Carta, se limita por el artículo 54 del CAAS en razón del objetivo aceptado por la Unión de evitar la impunidad en el contexto del establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el sentido del artículo 3 TUE, apartado 2, en el que está garantizada la libre circulación de personas.

93. En cuanto a la *aptitud* de la aplicación de la condición de ejecución para lograr el objetivo de impedir la impunidad, es preciso preguntarse ante todo sobre la justificación del ejercicio de la competencia penal por las autoridades alemanas para la persecución del Sr. Spasic tras su condena por el Tribunale di Milano en una sentencia que adquirió firmeza. Me parecen posibles dos hipótesis sobre esa cuestión.

94. Si el motivo de la persecución fuera la intención de imponer al Sr. Spasic una segunda sanción más grave que la derivada de la sentencia del Tribunale di Milano de 18 de junio de 2012 que impuso una pena reducida como consecuencia del acuerdo concluido entre el inculpado y el Ministerio fiscal, para garantizar una mayor protección de la víctima de nacionalidad alemana, sería preciso observar que el Derecho de la Unión no condiciona la aplicación del principio *non bis in idem* a la armonización ni a la aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros. Es por tanto necesario que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada

81 — Véanse en ese sentido las sentencias *Afton Chemical* (C-343/09, EU:C:2010:419), apartado 45; *Volker und Markus Schecke y Eifert* (EU:C:2010:662), apartado 74; *Nelson y otros* (C-581/10 y C-629/10, EU:C:2012:657), apartado 71; *Sky Österreich* (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 50; *Schaible* (C-101/12, EU:C:2013:661), apartado 29, y *Digital Rights* (EU:C:2014:23), apartado 46.

uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente.<sup>82</sup> Así pues, a la luz del principio de proporcionalidad no cabría aceptar ese motivo como justificativo de la aplicación de la condición de ejecución.

95. En cambio, si el motivo de la aplicación de la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS descansara en el temor de que, de no ser perseguido en Alemania, el Sr. Spasic quedaría impune por la infracción que cometió en Milán, la injerencia resultante en el derecho fundamental reconocido en el artículo 50 de la Carta sería apta en principio para conseguir el objetivo de evitar la impunidad.

96. Sin embargo, esa última hipótesis también pone en cuestión la exigencia de confianza mutua entre los Estados miembros acerca de sus respectivos sistemas de justicia penal. Observo sobre ello que el 5 de enero de 2013 el Ministerio fiscal ante el Tribunale di Milano dictó la orden de ingreso en prisión del condenado para cumplir la pena de prisión en Italia.<sup>83</sup> Ahora bien, la República Italiana aún no ha emitido una orden de detención europea con ese objeto.

97. Ello me lleva a examinar la *necesidad* en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta, de la aplicación de la condición de ejecución.

98. A mi parecer el imperativo de evitar la impunidad no requiere la aplicación generalizada de la condición de ejecución que prevé el artículo 54 del CAAS, porque el criterio de la necesidad ya no se puede considerar cumplido sistemáticamente en el estado actual del Derecho de la Unión.

99. En efecto, el interrogante manifestado por la Comisión en el Libro verde antes citado sobre la justificación de la condición de ejecución en el contexto de una ejecución transfronteriza basada en instrumentos que se apoyan en el reconocimiento mutuo<sup>84</sup> ha adquirido efectivamente mayor pertinencia.

82 — Véanse en ese sentido las sentencias Gözütok y Brügge (EU:C:2003:87), apartado 33; van Esbroeck (EU:C:2006:165), apartados 28 a 30, 35, 36, 38 y 42, y Bourquain (C-297/07, EU:C:2008:708), apartados 35, 37 y 40.

83 — Revoca di Decreto di Sospensione di ordine di esecuzione per la carcerazione ex art. 656 c. 8 cpp.

84 — *Libro verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales.*

100. El Derecho de la Unión ofrece actualmente los instrumentos jurídicos de Derecho derivado de naturaleza menos intrusiva,<sup>85</sup> que pueden permitir a los Estados miembros ejecutar las sanciones penales cuando el condenado se encuentra en otro Estado miembro e intercambiar las informaciones relativas a ellas.<sup>86</sup> Por otro lado, varios actos de Derecho derivado en materia de cooperación en el ámbito del Derecho penal se refieren al principio *non bis in idem*, sin unirlo a una condición de ejecución.<sup>87</sup>

101. En ese contexto, someter sistemáticamente a las personas ya condenadas por una sentencia penal firme al riesgo de una nueva persecución en otro Estado miembro excede los límites de lo apropiado y necesario para realizar el objetivo pretendido.

102. Por otra parte, aun reconociendo que el principio de que «toda pena debe cumplirse» forma parte del Estado de Derecho,<sup>88</sup> considero que los Estados miembros disponen de una facultad discrecional en relación con los medios aplicables para ejecutar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales. En los casos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 54 del CAAS es posible que el primer Estado miembro aún no haya querido o podido ejecutar una sentencia, por ejemplo en razón de la legislación nacional que exija un procedimiento específico para determinar *in concreto* las formas de ejecución, por la insuficiente capacidad de los establecimientos penitenciarios, porque la persona afectada esté cumpliendo otra pena en otro Estado o a causa de un acuerdo individual que dé lugar al aplazamiento de la ejecución por razones familiares o de salud del condenado. El Derecho de la Unión no puede por tanto imponer a un Estado, por ejemplo, una obligación de dictar una orden de detención europea para evitar la impunidad.<sup>89</sup>

103. Por todas esas razones la condición de ejecución en su aplicación generalizada no se ajusta al criterio de proporcionalidad y no puede considerarse como una limitación justificada del derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces en el sentido del artículo 52 de la Carta.

85 — Véanse la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal; la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 p. 32), así como los instrumentos conexos como el Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 197, p. 1), y la Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DO L 93, p. 23).

86 — Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI (DO L 93, p. 33).

87 — Véanse el artículo 1 de la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DO L 328, p. 42); los artículos 4 y 7 de la 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 (DO L 76, p. 16); el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196, p. 45); el artículo 8, apartado 2, letra a), de la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328, p. 59); el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Decisión marco 2008/909, y el artículo 11, apartado 1, letra c), de la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337, p. 102). Véanse también las modificaciones derivadas de la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81, p. 24).

88 — Como expresó Cesare Beccaria, «La certeza de un castigo, incluso moderado, siempre impresionará más que el temor a una pena terrible si a ese temor se une la esperanza de impunidad», *Des délits et des peines*, Livourne, 1764.

89 — Señalo en ese sentido los instrumentos que figuran en la Decisión marco 2008/909 y en la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DO L 294, p. 20), y en la Decisión Marco 2008/947.

104. Hay que observar que, conforme a la jurisprudencia, los Estados miembros están obligados no sólo a interpretar sino también a aplicar un acto de Derecho derivado de conformidad con los derechos fundamentales.<sup>90</sup> Esa obligación puede implicar el deber de no aplicar el acto de que se trata en todos los supuestos previstos en su texto.<sup>91</sup>

105. En efecto, en el estado actual del Derecho de la Unión aún hay supuestos limitados en los que la aplicación de la condición de ejecución del artículo 54 del CAAS debe considerarse necesaria para la realización del objetivo perseguido.

106. En primer lugar, ese es el caso de las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Me parece evidente que una excepción aplicable conforme al CEDH a situaciones nacionales puede aplicarse en las situaciones transfronterizas, que se añaden en virtud de la Carta al ámbito de aplicación del derecho fundamental basado en el principio *non bis in idem*.

107. En segundo lugar, creo que los delitos a cuyos autores están obligados a castigar los Estados en virtud del Derecho internacional general, como los crímenes contra la humanidad, los delitos de genocidio y los crímenes de guerra deben ser objeto de persecución por segunda vez si la aplicación del principio *non bis in idem* condujera a su impunidad.<sup>92</sup> Una Decisión del Consejo sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra refleja también la necesidad de un criterio estricto en este aspecto.<sup>93</sup>

108. En tercer lugar, para evitar la impunidad también serían necesarias una nueva persecución judicial y una nueva pena en caso de un obstáculo duradero a la asistencia judicial en materia de ejecución de las resoluciones. Ello corresponde al supuesto de que, a pesar de la aplicación, o a falta de aplicación, de los instrumentos menos intrusivos de los que disponen las autoridades de los dos Estados miembros interesados, el objetivo de la Unión de impedir la impunidad pudiera frustrarse totalmente.

109. Por otra parte, la Comisión recuerda fundadamente las obligaciones enunciadas en los artículos 10 a 12 de la Decisión marco 2009/948, conforme a los que las autoridades de dos Estados miembros que invoquen competencias concurrentes para tramitar un procedimiento penal están obligadas a entablar consultas directas a fin de llegar a un consenso sobre cualquier solución eficaz tendente a evitar las consecuencias adversas derivadas de esos procedimientos paralelos. Es verdad que formalmente esa obligación se extingue al adoptarse una resolución firme en uno u otro Estado miembro. No obstante, a mi juicio el artículo 57, apartado 1, del CAAS, interpretado conforme al principio de lealtad y con ánimo de proteger los derechos fundamentales, puede constituir la fuente de esa obligación.<sup>94</sup>

110. Por cuanto he expuesto antes, propongo al Tribunal de Justicia responder a la primera cuestión prejudicial que en el estado actual del Derecho de la Unión la aplicación de la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del CAAS constituye una injerencia proporcionada y por tanto justificada en el sentido del artículo 52 de la Carta en el derecho fundamental a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción enunciado en el artículo 50 de la Carta en los casos comprendidos en

90 — Véase en ese sentido la sentencia N.S. y otros (C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865), apartados 77 y 99.

91 — Sentencia N.S. y otros (EU:C:2011:865), apartados 105 y 106.

92 — En ese sentido, en la doctrina van Bockel (*op. cit.* p. 235) mantiene la necesidad de poder aplicar la condición de ejecución prevista en el artículo 54 de la CAAS a los casos de los criminales de guerra que han sido condenados en rebeldía cuando las penas impuestas no se hayan ejecutado en absoluto.

93 — Decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (DO L 118, p. 12).

94 — El criterio «si lo estiman necesario» en esa disposición se refiere, en mi opinión, a los supuestos en los que las autoridades del Estado miembro B ya disponen de informaciones pertinentes que confirman que la persona perseguida ya ha sido juzgada por los mismos hechos en sentencia firme por otro Estado miembro. Sería cínico autorizar a esas autoridades a no buscar las informaciones pertinentes incluso cuando «consideren que la acusación se refiere a los mismos hechos por los que [esa persona] ya fue juzgada en sentencia firme» en otro Estado miembro.

el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7, en el supuesto de que los Estados miembros esté obligados a castigar ciertos actos en virtud del Derecho internacional así como en el supuesto de que las medidas aplicables en virtud del Derecho de la Unión no sean suficientes para evitar la impunidad. Corresponde al tribunal nacional determinar si ese último supuesto concurre en el presente asunto.

*C. Sobre la segunda cuestión prejudicial, referida a la interpretación de la condición de ejecución a efectos del artículo 54 del CAAS*

111. Con su segunda cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta en sustancia si se debe considerar a efectos del artículo 54 del CAAS que la sanción impuesta por un tribunal de un Estado contratante «se ha ejecutado» o «se está ejecutando» o «no puede ejecutarse ya» cuando un inculpado ha sido condenado conforme al Derecho de un Estado contratante a una sanción integrada por dos componentes, una pena privativa de libertad y una pena pecuniaria, y sólo se ha ejecutado la pena pecuniaria.

112. En efecto, al haber pagado la multa de 800 euros, el Sr. Spasic alega que a raíz de esa ejecución parcial debe considerarse que la sanción «se ha ejecutado» o «se está ejecutando» a efectos del artículo 54 del CAAS. Señalo que en sus observaciones la Comisión comparte ese criterio, atendiendo a esa ejecución parcial de la pena y al hecho de que la privación de libertad del inculpado en otro Estado miembro hace objetivamente imposible en la práctica la ejecución inmediata del segundo componente de la sanción. Así pues, no es necesario un segundo procedimiento penal para evitar la impunidad, según la Comisión.

113. Acerca de la naturaleza de la sentencia pronunciada por el Tribunale di Milano, observo que se deduce de los autos que esa sentencia se dictó «en ausencia» del inculpado. En efecto, el tribunal italiano indica claramente que durante el proceso el Sr. Spasic se encontraba en prisión en Austria. Por otro lado, también resulta de esa sentencia que el inculpado concluyó un acuerdo con el Ministerio fiscal para poder beneficiarse de una reducción de pena en virtud del artículo 444 del Código penal italiano. Por tanto, ese supuesto no constituye un ejemplo clásico de sentencia en rebeldía. Sin embargo, el artículo 54 del CAAS me parece plenamente aplicable en este asunto ya que la única condición previa de aplicación de esa disposición es la de pronunciamiento de una sentencia firme por una Parte contratante.<sup>95</sup>

114. Además, recuérdese que el principio *non bis in idem* enunciado en el artículo 54 del CAAS tiene dos funciones principales. Por un lado, no constituye una simple regla procesal sino una garantía fundamental de los ciudadanos en los sistemas jurídicos basados en el reconocimiento a favor del individuo de un conjunto de derechos y de libertades frente a la acción de los poderes públicos. Esa disposición es pues un límite al ejercicio de la potestad de perseguir y castigar un hecho delictivo.<sup>96</sup> Por otro lado, ese artículo sirve para garantizar la seguridad jurídica mediante el respeto de las resoluciones de los órganos públicos que han adquirido firmeza, a falta de armonización o aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros.<sup>97</sup>

115. Ese aspecto de la falta de armonización me parece importante para responder a la presente cuestión dada la variedad de los sistemas de imposición de las penas en los Derechos nacionales. Por consiguiente, la interpretación del artículo 54 del CAAS debe respetar en cada caso el tipo de pena impuesta y las particularidades del sistema penal del Estado miembro de condena.<sup>98</sup>

95 — Sentencia Bourquain (EU:C:2008:708), apartado 37.

96 — Véanse las conclusiones en el asunto Gözütok y Brügge (EU:C:2002:516 (punto 114)).

97 — Sentencia van Esbroeck (EU:C:2006:165), apartados 28 a 30, 35, 36, 38 y 42.

98 — Recuerdo en ese sentido que en la sentencia Gözütok y Brügge (EU:C:2003:87), apartado 29, el Tribunal de Justicia estimó que constituían una «pena» sui generis las obligaciones impuestas al inculpado a raíz de una transacción propuesta por el Ministerio fiscal neerlandés.

116. En el presente asunto se trata de una condena por un único delito. En virtud del artículo 640 del Código penal italiano el tribunal nacional impuso dos penas, consideradas en el Derecho italiano como «penas principales», la pena privativa de libertad y la multa.<sup>99</sup> Como el agente del Gobierno italiano confirmó en la vista, no se trata por tanto de una pena principal y de una pena accesoria conforme al Derecho italiano.

117. Es preciso constatar lo siguiente acerca de las tres facetas de la condición de ejecución del artículo 54 del CAAS.

118. En primer lugar, respecto a la condición de que una pena «se haya ejecutado», parece claro que en el caso de imposición de dos penas por la misma infracción, como hizo la sentencia italiana en el presente asunto, la ejecución de una de ellas no puede llevar a considerar cumplida esa condición. Es cierto que, por el pago de la multa de 800 euros, ésta debe considerarse como «pena ejecutada». Sin embargo, no cabe duda alguna de que aún no se ha «ejecutado» la pena privativa de libertad del inculpado.

119. En efecto, una interpretación diferente conduciría a vaciar de su sentido el principio *non bis in idem* enunciado en el artículo 54 del CAAS en relación con las dos funciones antes mencionadas. Pues bien, como el Tribunal de Justicia recordó en la sentencia Gözütok y Brügge, la interpretación de ese artículo debe garantizar una aplicación útil de ese principio.<sup>100</sup>

120. En cualquier caso, en lo referido a la pena de prisión en particular consta que la pena a la que fue condenado el inculpado puede modificarse durante su ejecución: reducción de duración, salidas temporales, puesta en libertad anticipada, en su caso con condiciones. Por tanto, en caso de puesta en libertad condicional se debe considerar que la pena de prisión «se ha ejecutado», ya que el proceso de ejecución responde a la condición de carácter definitivo y exhaustivo. Por tanto, no es exigible que la pena a la que el interesado fue condenado sea cumplida en su totalidad. En ese caso no se puede imponer una nueva pena sin que se hayan cometido una nueva contravención o una nueva infracción.<sup>101</sup>

121. En segundo lugar, tampoco me parece cumplida la condición de que la sanción «se esté ejecutando».

122. En ese sentido, al no estar preso el Sr. Spasic en una prisión italiana en ejecución de la sentencia del Tribunale di Milano, no cabe ninguna duda razonable de que no concurre esa condición en lo referente a la pena de prisión.

123. Observo que de la sentencia del Tribunale di Milano de 18 de junio de 2012 se deduce claramente que la suspensión de la ejecución no fue solicitada al tiempo de esa sentencia y, como el agente del Gobierno italiano confirmó en la vista, no cabe ya una posible suspensión de oficio conforme al Derecho italiano.<sup>102</sup> Recuerdo que el Tribunal de Justicia ya ha precisado que una pena privativa de libertad cuya ejecución se ha suspendido, en cuanto castiga el comportamiento ilícito de una persona condenada, constituye una sanción a efectos del artículo 54 del CAAS. Deberá considerarse que esa 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 el plazo de suspensión, deberá considerarse que la pena «se ha ejecutado» a efectos de esa misma disposición.<sup>103</sup>

99 — Véase el artículo 17 del Código penal italiano.

100 — EU:C:2003:87 (apartado 35).

101 — Por ejemplo, por inobservancia de las condiciones de la libertad condicional.

102 — Según resulta de las explicaciones presentadas en la vista por el agente del Gobierno italiano, esa suspensión ordenada de oficio tuvo lugar tras la sentencia del Tribunale di Milano y fue revocada por la decisión de 5 de enero de 2013 antes citada (Revoca di Decreto di Sospensione di ordine di esecuzione per la carcerazione ex art. 656 c. 8 cpp).

103 — Sentencia Kretzinger (EU:C:2007:441), apartado 42.

124. Por último, manifiestamente tampoco concurre el supuesto de que la sanción «no pueda ejecutarse ya» según la legislación del Estado de condena. De la decisión de 5 de enero de 2013 del Ministerio fiscal ante el Tribunale di Milano se deduce que las autoridades italianas parten de la idea de que la pena privativa de libertad es ejecutiva.

125. Por consiguiente, propongo responder a la segunda cuestión prejudicial que la condición del artículo 54 del CAAS no se cumple cuando un inculpado ha sido condenado conforme al Derecho del Estado contratante a una sanción integrada por dos componentes independientes, una pena privativa de libertad y una pena pecuniaria, y sólo se ha ejecutado la pena pecuniaria, mientras que la otra pena no se ha ejecutado ni se está ejecutando pero aún puede ejecutarse según la legislación del Estado miembro de condena.

## V. Conclusión

126. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda como sigue a las cuestiones prejudiciales planteadas por Oberlandesgericht Nürnberg:

- «1) En el estado actual del Derecho de la Unión, la aplicación de la condición de ejecución prevista en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes constituye una injerencia proporcionada y por tanto justificada en el sentido del artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el derecho fundamental a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción enunciado en el artículo 50 de la Carta
- en los casos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, según su enmienda por el Protocolo nº 11 desde la entrada en vigor de este último el 1 de noviembre de 1998,
  - en el supuesto de que los Estados miembros estén obligados a castigar ciertos actos en virtud del Derecho internacional así como
  - en el supuesto de que las medidas aplicables en virtud del Derecho de la Unión no sean suficientes para evitar la impunidad.

Corresponde al tribunal remitente determinar si ese último supuesto concurre en el presente asunto.

- 2) La condición del artículo 54 del citado Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen no se cumple cuando un inculpado ha sido condenado conforme al Derecho del Estado contratante a una sanción integrada por dos componentes independientes, una pena privativa de libertad y una pena pecuniaria, y sólo se ha ejecutado la pena pecuniaria, mientras que la otra pena no se ha ejecutado ni se está ejecutando pero aún puede ejecutarse según la legislación del Estado miembro de condena.»