Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. YVES BOT
presentadas el 15 de diciembre de 2015 [1]

Asunto C-486/14

Proceso penal
contra
Piotr Kossowski

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen — Artículos 54 y 55, apartado 1, letra a) — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículos 50 y 52, apartado 1 — Principio "ne bis in idem" — Validez de la reserva de aplicación del principio ne bis in idem — Acervo de Schengen — Principio de reconocimiento mutuo — Confianza recíproca — Actuaciones penales en otro Estado miembro contra la misma persona y por los mismos hechos — Concepto de la "misma infracción" — Concepto de "sentencia firme" — Examen en cuanto al fondo — Derechos de las víctimas»

1. Este asunto plantea, por primera vez, la cuestión de la validez de las reservas a la aplicación del principio *ne bis in idem*, previstas en el artículo 55 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, [2] en vista de lo dispuesto en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

2. Concretamente, el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo) pregunta si la posibilidad de que disponen los Estados miembros, establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS, de no aplicar este principio cuando los hechos contemplados por la sentencia extranjera han tenido lugar, total o parcialmente, en su territorio, es una limitación a lo dispuesto en el artículo 50 de la Carta, autorizada por el artículo 52, apartado 1, de ésta.

3. Asimismo, el asunto da ocasión al Tribunal de Justicia de precisar su jurisprudencia acerca del concepto de «sentencia firme», a efectos de los artículos 54 del CAAS y 50 de la Carta.

4. En las presentes conclusiones expondremos las razones que nos llevan a sostener que la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS debe ser declarada nula. Posteriormente, explicaremos por qué, a nuestro entender, el principio *ne bis in idem* proclamado en los artículos 54 del CAAS y 50 de la Carta debe ser interpretado en el sentido de que una resolución de sobreseimiento adoptada por la fiscalía por la que se pone fin al procedimiento de instrucción no

1 — Lengua original: francés.

2 — Convenio de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 (DO 2000, L 239, p. 19; en lo sucesivo, «CAAS»).

puede ser calificada como «sentencia firme», a efectos de los citados preceptos, cuando se desprende manifiestamente de la motivación de la resolución que los elementos que conforman la propia sustancia de la situación jurídica, como la audiencia de la víctima y la del testigo, no han sido examinados por las autoridades judiciales correspondientes.

I. **Marco jurídico**

A. *Derecho de la Unión*

5. El principio *ne bis in idem* está proclamado en la Carta. A este respecto, en su artículo 50 se dispone lo siguiente:

«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.»

6. Por otra parte, el artículo 52, apartado 1, de la Carta señala que «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto al 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».

7. El artículo 54 del CAAS establece que «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».

8. El artículo 55 del CAAS establece lo siguiente:

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

a) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en este último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia;

[...]

4. Las excepciones que hayan sido objeto de una declaración con arreglo al apartado 1 no se aplicarán cuando, para los mismos hechos, la Parte contratante interesada haya solicitado la persecución a la otra Parte contratante o haya concedido la extradición de la persona de que se trate.»

9. De conformidad con este precepto, la República Federal de Alemania expresó la siguiente reserva sobre el artículo 54 del CAAS:

«La República Federal de Alemania no estará vinculada por el artículo 54 del Convenio:

a) cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio [...]». [3]

3 — BGBl. 1994 II, p. 631.

10. Mediante el Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en virtud del Tratado de Amsterdam,[4] el CAAS quedó incorporado el Derecho de la Unión.

B. *Derecho polaco*

11. El artículo 282 de la Ley que aprueba el Código Penal (ustawa — Kodeks karny) de 6 de junio de 1997,[5] establece que el que, con intención de obtener una ventaja económica y empleando la violencia o amenazando con atentar contra la vida o la integridad física o contra los bienes de otro, le obligue a disponer de sus propios bienes o de los bienes de un tercero o a cesar en una actividad económica, será condenado a pena de prisión de entre uno y diez años.

12. El artículo 327, apartado 2, de la Ley que aprueba el Código de Procedimiento Penal (ustawa — Kodeks postępowania karnego) de 6 de junio de 1997[6] indica que un procedimiento de instrucción definitivamente terminado sólo podrá reanudarse, mediante resolución de la fiscalía, contra una persona que ha sido objeto de un procedimiento de instrucción como sospechoso cuando aparecen elementos de hecho o probatorios esenciales, que no eran conocidos durante el procedimiento anterior.

13. De conformidad con el artículo 328, apartado 1, del Código de Procedimiento Penal, la fiscalía puede anular una resolución definitiva de finalización del procedimiento de instrucción contra una persona que haya sido objeto de un procedimiento de instrucción como sospechoso cuando compruebe que la finalización del procedimiento de instrucción era infundada. En virtud del artículo 328, apartado 2, del citado Código, después del vencimiento de un plazo de seis meses, computados desde la fecha en que adquirió carácter definitivo la finalización del procedimiento de instrucción, el Ministerio Público sólo podrá anular o modificar la resolución o su motivación en favor del sospechoso.

II. **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

14. En el litigio principal, la Staatsanwaltschaft Hamburg (Fiscalía de Hamburgo) inició un procedimiento de instrucción contra el Sr. Kossowski, acusándole de haber cometido, el 2 de octubre de 2005 en Hamburgo (Alemania), actos contra la víctima que, en Derecho Penal alemán, se califican como extorsión asimilada al robo agravado. En concreto, después de haber amenazado a la víctima, de haberla obligado a firmar un contrato de venta de su automóvil y de haberla obligado a conducirle a una estación de servicio, el Sr. Kossowski emprendió la huida al volante de ese automóvil.

15. El 20 de octubre de 2005, durante un control viario en Kołobrzeg (Polonia), las autoridades polacas detuvieron el citado automóvil conducido por el Sr. Kossowski y le interrogaron a efectos de la ejecución de una pena de prisión a la que había sido condenado en Polonia por otro asunto. Tras realizar investigaciones sobre el vehículo, el fiscal del distrito de Kołobrzeg (Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu), inició asimismo un procedimiento de instrucción contra el Sr. Kossowski relativo a la acusación de extorsión asimilada al robo agravado por los hechos cometidos en Hamburgo el 2 de octubre de 2005. Por lo tanto, consta que este procedimiento y el instruido por la Fiscalía de Hamburgo se refieren a los mismos hechos.

4 — DO 1997, C 340, p. 93; en lo sucesivo, «Protocolo de Schengen».

5 — Dz. U. de 1997, nº 88, epígrafe 553.

6 — Dz. U. de 1997, nº 89, epígrafe 555; en lo sucesivo, «Código de Procedimiento Penal».

16. En el ámbito de la asistencia entre órganos jurisdiccionales, la fiscalía regional de Koszalin (Pokuratura Okręgowa w Koszalinie, Polonia) solicitó a la Fiscalía de Hamburgo la copia del sumario de instrucción. Esta última, previa solicitud de información sobre las actuaciones posteriores previstas por las autoridades polacas, dio traslado de copia del sumario en agosto de 2006.

17. Mediante resolución de 22 de diciembre de 2008, la fiscalía del distrito de Kołobrzeg dispuso la finalización del procedimiento penal instruido contra el Sr. Kossowski debido a la falta de elementos incriminatorios suficientes. En la motivación del sobreseimiento se argumentaba que el acusado se había negado a declarar y que, dado que tanto la víctima como otro testigo circunstancial vivían en Alemania, no se les había podido tomar declaración durante la instrucción y, por lo tanto, no se habían podido comprobar las declaraciones de la víctima, en parte imprecisas y contradictorias.

18. El 24 de julio de 2009, la Fiscalía de Hamburgo cursó una orden de detención europea contra el Sr. Kossowski y la República Federal de Alemania solicitó a la República de Polonia la extradición de esa persona mediante escrito de 4 de septiembre de 2009.

19. Mediante resolución del Sąd Okręgowy w Koszalinie (Tribunal Regional de Koszalin, Polonia) de 17 de septiembre de 2009, se denegó la ejecución de dicha orden de detención, debido a que la resolución de la Fiscalía de distrito de Kołobrzeg de finalizar el procedimiento penal era firme a efectos del artículo 607p, apartado 1, punto 2), del Código de procedimiento penal.

20. El 7 de febrero de 2014, el Sr. M. Kossowski, todavía buscado en Alemania, fue arrestado en Berlín. El 17 de marzo de 2014, la Fiscalía de Hamburgo ejercitó la acción penal contra él por los actos cometidos el 2 de octubre de 2005.

21. Mediante resolución de 18 de junio de 2014, el Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de Hamburgo) denegó iniciar el procedimiento judicial contra el Sr. M. Kossowski, al considerar que la acción pública había caducado, a efectos del artículo 54 del CAAS, con la resolución de la Fiscalía del distrito de Kołobrzeg. El Landgericht Hamburg ya había retirado la orden de detención europea emitida contra el Sr. Kossowski desde el 4 de abril de 2014 y éste, que se encontraba en prisión provisional, había sido puesto en libertad.

22. La Fiscalía de Hamburgo interpuso un recurso de apelación contra la resolución del Landgericht Hamburg ante el Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo), el cual, al albergar ciertas dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión pertinente en el caso de autos, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Siguen vigentes las reservas declaradas por las Partes contratantes al ratificar el CAAS con arreglo a su artículo 55, apartado 1, letra a) —concretamente, la reserva declarada por la República Federal de Alemania al depositar su instrumento de ratificación de: a) no estar vinculada por el artículo 54 "cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio [...]"— tras la incorporación del acervo de Schengen, mantenidas por el Protocolo de Schengen al Tratado de Lisboa? ¿Son dichas excepciones limitaciones proporcionadas al artículo 50 de la Carta en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta?

2) En caso de no ser así:

¿Se han de interpretar el principio de *non bis in idem* del artículo 54 del CAAS y el artículo 50 de la Carta en el sentido de que se opone a las actuaciones penales contra un acusado en un Estado miembro (en este caso, Alemania) cuyo proceso penal ha sido sobreseído en otro Estado miembro (en este caso, Polonia), por la Fiscalía sin el cumplimiento de las medidas sancionadoras y sin realizar una

investigación profunda, por razones de hecho y ausencia de suficientes elementos incriminatorios, y sólo se puede reabrir si se descubren hechos relevantes antes desconocidos, pero sin que realmente existan tales hechos nuevos?»

III. **Análisis**

23. Mediante su primera cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si a raíz de la incorporación del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión y a la luz del artículo 50 de la Carta, sigue siendo válida la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS.

24. En caso de que tal reserva ya no sea válida, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el principio *ne bis in idem* enunciado en los artículos 54 del CAAS y 50 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que una resolución de sobreseimiento adoptada por la fiscalía y por la que finaliza el procedimiento de instrucción puede ser calificada como «sentencia firme», a efectos de dichos preceptos, cuando se ha adoptado sin que la víctima ni el testigo hayan sido oídos durante ese procedimiento.

A. *Sobre la validez del artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS*

25. De inmediato, es necesario desestimar la hipótesis defendida por la Comisión en sus observaciones escritas[7] y en la vista, según la cual el examen de la primera cuestión planteado por el tribunal remitente es superfluo. La Comisión recuerda que el artículo 55, apartado 4, del CAAS establece que «las excepciones que hayan sido objeto de una declaración con arreglo al apartado 1 no se aplicarán cuando, para los mismos hechos, la Parte contratante interesada hayan solicitado la persecución a la otra Parte contratante o haya concedido la extradición de la persona de que se trate». Pues bien, según la Comisión, el hecho de que las autoridades judiciales alemanas hubiesen cooperado con las polacas, les dieran traslado de una copia del sumario de la instrucción y no se opusieran a un posible procedimiento penal polaco, constituye implícitamente una solicitud de persecución a efectos de este precepto.

26. No comparto esta opinión.

27. Por lo pronto, hay que precisar que las normas nacionales sobre la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales en materia penal, por regla general, tienen carácter de orden público. De la competencia territorial se deriva obligatoriamente la ley nacional aplicable, pues el Derecho penal desconoce la teoría del estatuto personal. La territorialidad de la ley penal es, en efecto, una de las expresiones de la soberanía de los Estados miembros. Por consiguiente, y por principio, no nos parece que la elección entre la ley penal alemana y la ley penal polaca pueda resultar de un mecanismo implícito como el sugerido por la Comisión. Entendemos que esta elección sólo puede derivarse de una solicitud explícitamente formulada por el tribunal de un Estado miembro y explícitamente aceptada por el otro.

28. Asimismo, se observa que nada en los autos transmitidos por el tribunal remitente al Tribunal de Justicia indica que se haya formulado tal solicitud, en cualquier forma. Muy al contrario, la Fiscalía de Hamburgo precisa en sus observaciones escritas que no solicitó a la Fiscalía regional de Koszalin que reanudara las actuaciones. Si se añade a esto que la respuesta de esta última menciona explícitamente las investigaciones que deberían haberse realizado para poder acudir al tribunal y que no se hicieron, debe verse aquí la prueba de que en ningún momento se consideró encargado de las actuaciones. En caso contrario, le habría resultado sencillo solicitar a las autoridades judiciales competentes alemanas disponer una audiencia de las personas cuyas declaraciones faltaban.

7 — Punto 69 *infra*.

29. Por lo demás, debe observarse que, al dar traslado de la copia del sumario de la instrucción, la Fiscalía de Hamburgo solicitó de forma expresa ser informada de las gestiones posteriores previstas por las autoridades judiciales polacas. [8]

30. Finalmente, debe señalarse que la Fiscalía de Hamburgo sólo remitió una copia del sumario de instrucción y no la documentación original, que ha conservado. Este proceder de la Fiscalía de Hamburgo, de hecho, está en consonancia con una práctica judicial fundamental de prudencia ordinariamente observada por las autoridades instructoras, consistente en iniciar actuaciones exclusivamente de acuerdo con el original del sumario de instrucción que constituye el fundamento de aquéllas. Esta regla, que enseña la práctica, supone un proceder preventivo de la duplicidad de actuaciones y, por lo tanto, un medio pretoriano de precaver en lo posible la vulneración del principio *ne bis in idem*; principio que, conforme a su razón de ser original, tiene por objeto fundamental evitar la duplicidad de actuaciones que den lugar a dobles condenas.

31. Por todas estas razones, considero que no cabe entender que la Fiscalía Publica de Hamburgo haya declinado su competencia.

32. A continuación, ha de examinarse la validez de la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS a raíz de la integración del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión y a la vista de lo dispuesto en los artículos 50 y 52, apartado 1, de la Carta. Respecto a este último extremo, precisemos que dicha reserva es una limitación del principio *ne bis in idem*, a efectos del artículo 52, apartado 1, de la Carta, toda vez que las explicaciones de ésta, por cuanto se refiere a su artículo 50, mencionan expresamente los artículos 54 a 58 del CAAS entre las disposiciones afectadas por la cláusula horizontal del artículo 52, apartado 1, de la Carta.

33. Respecto al primer extremo abordado por el tribunal remitente, esto es, las consecuencias de la integración del acervo de Schengen respecto a la validez del artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS, pienso que, *a priori*, esta integración, como tal, no tiene la consecuencia de anular ese precepto.

34. En efecto, el CAAS fue incorporado al Derecho de la Unión mediante el Protocolo de Schengen como «acervo Schengen», definido en el anexo de dicho Protocolo. Se desprende del artículo 2 de la Decisión 1999/436/CE [9] y del anexo A de ésta que el Consejo de la Unión Europea señaló que los artículos 34 TUE y 31 TUE eran las bases jurídicas de los artículos 54 a 58 del CAAS y, por lo tanto, al estar incluido aquí, de su artículo 55.

35. Aun cuando es incontestable que la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS forma parte del acervo de Schengen y se ha convertido en parte integrante del Derecho de la Unión, aún debe dilucidarse si el contenido de dicho precepto es compatible con el actual estado del Derecho de la Unión, tal como resulta, por una parte, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por otra parte, del tenor de la Carta, en ambos casos posteriores tanto a la elaboración del CAAS como a su incorporación como acervo Schengen. En efecto, el primer párrafo del preámbulo del Protocolo de Schengen precisaba que se trataba de hacer posible, por este medio «en particular, que la Unión Europea se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia». Por lo tanto, es evidente que, incorporado con este fin, el acervo de Schengen no puede actuar contra este espacio. Así pues, hemos de averiguar si, en el caso que nos ocupa, la reserva invocada es un obstáculo para la construcción de dicho espacio y proponer si es necesario o bien prescindir de ella, o bien interpretarla, si es posible, en un sentido conforme con la voluntad del legislador de la Unión.

8 — Véase el punto 16 de las presentes conclusiones.

9 — Decisión del Consejo 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).

36. El fundamento histórico del principio *ne bis in idem*, tempranamente reconocido, es proteger al individuo contra la arbitrariedad que supone juzgar a la misma persona varias veces por el mismo hecho con diferentes calificaciones jurídicas.

37. Las primeras declaraciones de este principio se encuentran en la época romana, cuando el interdicto del pretor le dio su forma expresiva conservada por el adagio: «*bis de eadem re ne sit actio*». No puede replicarse que dicho principio es uno de los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder de juzgar. Se ha convertido en un principio esencial del Derecho penal.

38. Al tiempo que conserva este significado fundamental de defensa de las libertades individuales, el principio *ne bis in idem*, en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, ha adquirido asimismo otra finalidad: la de garantizar la libertad de circulación.

39. Esta nueva dimensión llevaba necesariamente a conferirle una aplicación transnacional dentro de la Unión. Por lo tanto, se planteaba por la misma razón la necesidad de combinar entre sí los diferentes sistemas de justicia penal de los Estados miembros, un conjunto de legislaciones caracterizadas tanto por innegables puntos de aproximación como por incontestables diferencias, especialmente de naturaleza procesal. Para superar las dificultades derivadas de la diversidad de sistemas que no han sido objeto de armonización ni de aproximación —a las que, por lo demás, los Estados miembros suelen ser hostiles en el ámbito del Derecho penal—, el Tribunal de Justicia aplicó el principio de reconocimiento mutuo.

40. En efecto, los Estados miembros, reunidos en el Consejo Europeo de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, hicieron de este principio la piedra angular de la cooperación judicial. El Tratado de Lisboa lo consagra al convertirlo en fundamento de la cooperación judicial en la Unión Europea en materia penal. [10]

41. En su sentencia Gözütok et Brügge, [11] el Tribunal de Justicia declaró que «el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, con independencia de que se aplique a procedimientos de extinción de la acción pública en los que se prevea o no la intervención de un órgano jurisdiccional o a sentencias, *implica necesariamente* que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente». [12]

42. Se ha de destacar la expresión «implica necesariamente», pues cobra, a mi entender, un significado particular. Si en efecto se considera que —en las líneas que la preceden— el Tribunal de Justicia señaló que nada en el Tratado ni en el CAAS supedita la activación del principio *ne bis in idem* a una armonización o aproximación previa de las legislaciones, ello quiere decir que la activación de dicho principio, convertido en fundamental como requisito de la aplicación concreta de la libertad de circulación, impone, de hecho, a los Estados miembros que se otorguen confianza recíproca. Las divergencias entre las legislaciones nacionales, en consecuencia, no pueden obstaculizar la activación de dicho principio. [13]

43. El legislador de la Unión ha querido, al acudir al principio del reconocimiento mutuo, superar las casi impracticables dificultades encontradas, en especial, debido a los fracasos de los intentos de aproximación previa de las legislaciones nacionales. El Tribunal de Justicia, por su parte, ha expuesto las consecuencias de lo anterior en su jurisprudencia. Por lo tanto, debe entenderse que la fórmula

10 — Véase el artículo 82 TFUE, apartado 1. Véase, asimismo, el artículo 67 TFUE.

11 — Asuntos C-187/01 y C-385/01, EU:C:2003:87.

12 — Apartado 33. El subrayado es mío.

13 — Obsérvese, por lo demás, que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proporciona una base jurídica para aproximar las legislaciones con el único fin de facilitar el efectivo reconocimiento mutuo.

empleada significa que la confianza recíproca no es el presupuesto para la activación del reconocimiento mutuo, sino la consecuencia [14] impuesta a los Estados miembros para la aplicación de ese principio. Dicho de otra manera, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo impone a los Estados miembros que se otorguen entre sí confianza recíproca, cualesquiera que sean las diferencias entre sus legislaciones nacionales.

44. La fuerza del principio así expresado se justifica por el desafío que supone la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia para la creación de la Unión. Este espacio, en efecto, aparece como la dimensión complementaria del espacio único de circulación y de actividad económica, pues le asegura un marco jurídico que contiene los derechos individuales de los ciudadanos de la Unión. En esto se vincula innegablemente al concepto de ciudadanía de la Unión, pues contribuye a darle una dimensión concreta.

45. Por lo tanto, es a la luz de esta creación jurisprudencial como debe apreciarse hoy la validez de la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS, formulada por la República Federal de Alemania. ¿Debe la fuerza particular que se da al principio de reconocimiento mutuo conducir a descartarlo?

46. Aun cuando, como hemos recordado anteriormente, esa reserva no se ha convertido en obsoleta por el simple hecho de la integración del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión, tampoco es posible que dicha reserva actúe contra éste.

47. La referencia al concepto de utilidad o necesidad, hecha por el Gobierno alemán en la vista, nos parece un enfoque apropiado.

48. En efecto, no hay duda alguna de que la activación de la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS tiene el efecto de vaciar de su contenido el principio *ne bis in idem*. Habida cuenta de las consideraciones arriba mencionadas respecto al vínculo entre este principio y el de reconocimiento mutuo y de la importancia fundamental de éste para construir el espacio de libertad, seguridad y justicia, esta consideración basta por sí sola para concluir que dicha reserva debe ser declarada nula.

49. No obstante, sólo podría oponerse una excepción a esta aseveración si estuviera justificada por la necesidad de atribuir a dicha reserva un efecto útil en el sentido de un interés superior que no tuviera efectos contrarios a la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia.

50. Por ello ha de estudiarse desde este punto de vista, y siguiendo la argumentación del Gobierno alemán, la posibilidad de que exista una posible utilidad o necesidad de esa misma reserva.

51. A este respecto, opino que la referencia al concepto de utilidad o necesidad lleva a la conclusión de que la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS es inútil, pues precisamente ya no es necesaria por efecto de la aplicación adecuada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en consonancia con lo dispuesto en la Carta, como paso a exponer acto seguido.

52. Las expresiones empleadas por el Tribunal de Justicia para definir las condiciones materiales de aplicación del principio *ne bis in idem* no deben inducirnos a error y no deben, sobre todo, ser sacadas del contexto del actual estado de formación de esta jurisprudencia, ni del correspondiente al texto de la Carta, evidentemente aplicable aquí.

14 — Si no fuera así, las dificultades anteriores que se quería evitar reaparecerían indefectiblemente.

53. El texto del CAAS emplea el concepto de los «mismos hechos». La Carta, por su parte, emplea el de la «misma infracción». Evidentemente, es este último concepto —cuyo significado se contiene en la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia en su creación jurisprudencial de las normas de aplicación del principio *ne bis in idem*— el que hay que tener en cuenta.

54. El Tribunal de Justicia ha extraído del concepto de los «mismos hechos» una idea no simplemente material, sino, por el contrario, jurídica. En su sentencia Mantello,[15] elevó este concepto al rango de «concepto autónomo del Derecho de la Unión». Para el Tribunal de Justicia, la identidad de hechos expresada en el CAAS no es otra cosa que la similitud entre las infracciones, similitud que se aprecia no atendiendo a las calificaciones propias de cada legislación nacional, sino a la vista de la misma esencia de las infracciones que concurren.

55. Así pues, el Tribunal de Justicia ha definido los requisitos de identidad de los hechos precisando que se trataba de hechos que eran en esencia los mismos (por lo tanto, sin tener en cuenta la terminología de las legislaciones nacionales), indisolublemente ligados entre sí en el tiempo, en el espacio y por su «objeto».[16] Al hacer esto, el Tribunal de Justicia ha dado bajo esa forma una definición clásica del concepto de infracción que se refiere a la identidad del acto considerado por su significado, por la sustancia que le da la intención delictiva de su autor. En efecto, un hecho no podría tener una calificación específica, es decir, que no se confunda con ninguna otra, si estuviera separado de su finalidad, es decir, de su intención. Entre una herida causada involuntariamente y otra infligida voluntariamente la diferencia no es de grado, sino de naturaleza, aun cuando la segunda hubiera producido consecuencias menos graves que la primera.

56. He de poner de relieve el término «objeto», pues, ¿cuál es el objeto de un acto si no es su meta, su finalidad, es decir, la intención con que se ha cometido? Si el objeto del acto es permitir a su autor apoderarse voluntariamente de los bienes de otro, cuando esto es lo que quiere hacer, en tal caso es culpable de hurto y ciertamente el acto se ha cometido con la intención de conseguir esa apropiación.

57. Mediante la toma en consideración del objeto del acto en su definición de lo que es la identidad material de los hechos a efectos del principio *ne bis in idem*, el Tribunal de Justicia se refiere al concepto clásico de la infracción y se coloca «en línea» con la expresión utilizada en la Carta, aun antes de la entrada en vigor de ésta. En su jurisprudencia, por lo demás, el Tribunal de Justicia ha empleado a veces expresamente el concepto de intención como elemento que forma parte de la definición del concepto de los mismos hechos.[17]

58. Este es el momento de volver al ejemplo proporcionado por el Gobierno alemán en la vista.

59. Dicho Gobierno ha considerado una situación en la que una persona de nacionalidad extranjera que ha cometido en Alemania una infracción de carácter violento inspirada por la apología del nazismo es condenada en su país de origen por dichos actos de violencia con arreglo a una ley ignorándose, en la calificación, la circunstancia particular de la apología del nazismo. En este caso, según el Gobierno alemán, debe aplicarse la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS. No lo creo así.

60. La intención, en el sentido clásico del término, se define generalmente en Derecho penal como la voluntad dirigida a una meta. En este sentido, se distingue del móvil, que es la razón por la que el autor ha cometido la infracción. En general, el móvil es indiferente en la fase de calificación, pues no se tiene en cuenta para la tipificación legal del acto material punible. Tanto si se roba por necesidad

15 — Asunto C-261/09, EU:C:2010:683.

16 — Véanse las sentencias Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444), apartados 26 y 27 y la jurisprudencia citada, y Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683), apartado 39 y jurisprudencia citada.

17 — A este respecto, debe señalarse que el Tribunal de Justicia, en su sentencia Kretzinger (C-288/05, EU:C:2007:441), hizo referencia a la intención para caracterizar la identidad de los hechos materiales.

alimentaria o por codicia, el hurto se ha cometido. El objeto del acto material consiste en la apropiación de los bienes de otro. El autor se lo apropia con esta intención. El móvil de esta apropiación fraudulenta se encontrará, por ejemplo, en el estado de necesidad o en el ansia de lucro. La infracción es idéntica en los dos casos, consiste en un hurto y el juez hará la distinción teniendo en cuenta el móvil para determinar individualmente la pena que impondrá o para eximir de ella al autor, si procede.

61. Sin embargo, es posible que un Estado miembro considere que un acto consumado con un móvil particular, en este caso, la apología del nazismo, ocasione a su orden público un especial trastorno, y que para ello pretenda convertir ese acto en una infracción específica haciendo del móvil, que inspira el acto pero concretado en su comisión, un elemento constitutivo de una infracción específica a la que corresponde su propia pena. Esto es perfectamente lícito y legítimo, pues se trata de su orden público y, por lo tanto, de sus valores nacionales. No obstante, en su incriminación específica, la legislación nacional habrá hecho de la apología del nazismo uno de los caracteres del elemento material de la infracción.

62. En esta fase, procede poner de relieve que esta interpretación no contradice en modo alguno la clara postura del Tribunal de Justicia que precisa que únicamente debe tenerse en cuenta la identidad material de los hechos, con independencia de las calificaciones y de los intereses protegidos. En efecto, la cuestión que acabamos de examinar no consiste en preguntarse qué intereses deben ser protegidos, sino investigar si, cualesquiera que sean las calificaciones empleadas, nos encontramos ante dos infracciones que, en esencia, son o no las mismas.

63. Pues bien, si no estamos ante la misma infracción, tal como esta expresión debe entenderse por la aplicación simultánea de la Carta y de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la situación examinada queda fuera del ámbito del principio *ne bis in idem*.

64. La cuestión de si la diferencia de calificación oculta, o no, una diferencia de sustancia a la vista de las definiciones dadas por el Tribunal de Justicia, es evidentemente de la competencia del juez de los hechos, es decir, del órgano jurisdiccional nacional, con la salvedad de que éste puede preguntar al Tribunal de Justicia en caso de duda sobre un concepto que, como hemos visto, es un concepto autónomo del Derecho de la Unión.

65. Se objetará que la aplicación concreta puede dar lugar a dificultades. Si la diferencia en la infracción se invoca cuando ya se ha pronunciado otra condena en otro Estado miembro, ¿cómo proceder? ¿Y qué más cabe decir si una pena ya ha sido ejecutada?

66. Los principios que hemos referido nos conducen a declarar lícitas las segundas actuaciones, ya que la diferencia invocada impide la aplicación del principio *ne bis in idem*. Sin embargo, no puede ocultarse que, aun cuando en su conjunto sean diferentes, las infracciones que concurren son en parte idénticas. Ciertamente, sería criticable aceptar una mera y simple acumulación de condenas finalmente dictadas en los dos Estados miembros. La solución, sencilla y aplicada en varias legislaciones nacionales, consiste en ejecutar únicamente la más severa de las dos condenas. Me parece que únicamente esta solución permite abarcar de manera aceptable, teniendo presentes los principios, toda la variedad de las situaciones concretas posibles. ¿Cómo proceder, si no, cuando una de las infracciones ya ha sido sancionada en un Estado miembro y la pena ha sido ejecutada? De acuerdo con esta práctica, si la primera pena ejecutada resulta ser la más severa, no podrá imponerse «suplemento» alguno al condenado. Si resulta ser la más benigna, el condenado sólo cumplirá el resto por la diferencia entre la ya ejecutada y la dictada posteriormente.

67. Entiendo que de lo anterior se desprende que la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS ya no es efectivamente necesaria, ni en el caso presente ni en ningún otro. Puesto que, en efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la Carta permiten garantizar el respeto de la diferencia sustancial de las infracciones, permitir que un Estado miembro pueda frustrar el principio *ne bis in idem* en circunstancias diferentes equivaldría a vaciarlo por completo de contenido y pondría en entredicho el sistema en que se basa el espacio de libertad, seguridad y justicia.

68. Atendidas las consideraciones precedentes, opino que la reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del CAAS no respeta el contenido esencial del principio *ne bis in idem*, tal como se enuncia en el artículo 50 de la Carta y que, por lo tanto, debe ser declarada nula.

B. *Sobre el concepto de «sentencia definitiva»*

69. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el principio *ne bis in idem* contenido en los artículos 54 del CAAS y 50 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que una resolución de sobreseimiento adoptada por la fiscalía y por la que se finaliza el procedimiento de instrucción puede ser calificada como «sentencia firme» a efectos de los citados preceptos, cuando se haya adoptado sin dar audiencia a la víctima ni al testigo durante este procedimiento.

70. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el concepto de sentencia firme. Así, se desprende de su jurisprudencia que los elementos esenciales que deben comprobarse, para determinar que la resolución en cuestión pueda ser calificada como «sentencia firme» son los siguientes. La resolución debe haber sido adoptada tras una apreciación en cuanto al fondo del asunto y debe extinguir en el ordenamiento jurídico nacional la acción pública ejercitada contra el autor de la infracción. [18]

71. Según el Tribunal de Justicia, una resolución de sobreseimiento dictada después de una instrucción en la que se recabaron y examinaron distintas pruebas ha sido objeto de una apreciación en cuanto al fondo en la medida en que contiene una decisión definitiva sobre el carácter insuficiente de dichas pruebas y excluye toda posibilidad de que el proceso vuelva a abrirse sobre la base del mismo conjunto de indicios. [19]

72. En opinión de la Comisión, esta jurisprudencia debe ser aplicada al caso que nos ocupa. [20] No comparto este punto de vista.

73. Se desprende de la resolución de sobreseimiento de que se trata en el procedimiento principal que fue adoptada porque el Sr. Kossowski se había negado a hacer una declaración, que la víctima y el testigo circunstancial residían en Alemania, aunque no habían podido ser oídos en el procedimiento de instrucción, y que las indicaciones de la víctima, en parte imprecisas y contradictorias, no se habían podido comprobar.

74. La esencia misma del principio *ne bis in idem* reside en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, que postula la confianza recíproca entre los Estados miembros. ¿Prohíbe esto a los Estados miembros, no obstante, la comprobación de si los requisitos de aplicación del principio *ne bis in idem* concurren efectivamente, en particular, la cuestión de si se trata de una resolución sobre el fondo?

18 — Véase la sentencia M (C-398/12, EU:C:2014:1057), apartados 28 y 31 y jurisprudencia citada.

19 — *Ibidem*, apartado 30.

20 — Véanse los apartados 50 y siguientes de sus observaciones.

75. El concepto de «fondo del asunto» podría hacer pensar en la idea de un examen en profundidad y crítico del procedimiento en cuestión. El Estado miembro que efectuase ese examen «juzgaría» en cierto modo el procedimiento del otro Estado miembro antes de reconocer si lo acepta o no. Esto equivaldría a restablecer el exequátur, lo cual sería inaceptable, pues privaría de todo su sentido al principio de reconocimiento mutuo y contravendría frontalmente la misma idea de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

76. Sin embargo, obligar a las autoridades judiciales de un Estado miembro a ejecutar con los ojos cerrados cualquier resolución sin derecho alguno de observación muy probablemente alteraría el reconocimiento mutuo en los casos en que, con carácter objetivo, se plantean cuestiones dudosas de forma evidente.

77. En efecto, no sería nada útil que el Tribunal de Justicia estableciera los requisitos de validez para la aplicación del principio *ne bis in idem* si su presencia no pudiese comprobarse objetivamente. Por lo demás, responde a esta intención de transparencia de las resoluciones de la justicia —que es uno de los elementos del Estado de Derecho— la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales. En un espacio de libertad, seguridad y justicia, esta transparencia es un elemento imprescindible del diálogo de los jueces y fiscales.

78. Por lo tanto, puesto que resulta de la motivación —que no puede faltar— de la resolución cuya toma en consideración se niega que, incuestionablemente. no concurren los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional afectado por la aplicación del principio *ne bis in idem* está legitimado para no aplicarlo, salvo que en caso de duda interrogue al Tribunal de Justicia, como ha hecho en el caso de autos.

79. Con la simple lectura de los datos mencionados en la resolución polaca se pone de manifiesto que es indiscutible que no se ha abordado el fondo del asunto. En efecto, dicha resolución menciona que el encausado no colaboró y no dio explicaciones, que no se llevó a cabo la confrontación, lo cual parece necesario ya que se observaron imprecisiones en la declaración de la víctima, y que no se oyó al testigo, debido a que, en particular, esas personas viven en Alemania, y no se solicitó medida alguna de asistencia mutua judicial en este sentido. Por lo tanto, resulta evidente que los elementos que conforman la propia sustancia de la situación jurídica que afrontaron las autoridades alemanas y polacas no fueron examinados por las autoridades judiciales polacas.

80. Por otra parte, si bien el establecimiento de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia pasa por el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y, por consiguiente, por la necesaria confianza recíproca entre los Estados miembros, esto no puede ocurrir en detrimento de la garantía de que los derechos fundamentales sean respetados, en especial, los derechos de la víctima. La aplicación del principio *ne bis in idem* no puede, en ningún caso, desembocar en el reconocimiento de resoluciones manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales.

81. Es manifiesto, en el procedimiento principal, que no se garantizaron los derechos de la víctima, en particular, el derecho a ser oída, el derecho a recibir información y el derecho a un resarcimiento. [21]

82. En efecto, se desprende de la motivación de la resolución de sobreseimiento de que se trata en el procedimiento principal que no se dio audiencia a la víctima. Además, la resolución de sobreseimiento se le notificó con un plazo de respuesta totalmente insuficiente —de siete días— para tener tiempo en caso necesario, en un Estado miembro distinto del de su residencia, de traducirla y de consultar a un asesor para, posteriormente, interponer un posible recurso que, al tener por objeto los hechos del caso, supone tomar conocimiento de los documentos procesales, cosa que, manifiestamente, era aquí absolutamente imposible.

21 — Véanse los artículos 3, 4 y 9 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82, p. 1).

83. Además, el Derecho penal, si bien pretende sancionar los atentados contra el orden público, también tiene por objeto permitir que la víctima obtenga resarcimiento del perjuicio derivado de la comisión de los hechos que constituyen el elemento material de la infracción. Este es un motivo adicional para considerar que, en esta ocasión, atendiendo al derecho esencial de las víctimas, la resolución polaca no podía tener el efecto conferido por el principio *ne bis in idem*, cuya consecuencia habría sido privar a esa víctima de cualquier derecho al resarcimiento.

84. Por consiguiente, estimo que el principio *ne bis in idem*, contenido en los artículos 54 del CAAS y 50 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que una resolución de sobreseimiento adoptada por la fiscalía y por la que se finaliza el procedimiento de instrucción no puede ser calificada como «sentencia definitiva», a efectos de esos artículos, cuando se desprende de forma manifiesta de la motivación de dicha resolución que los elementos que conforman la propia sustancia de la situación jurídica, como la audiencia de la víctima y la del testigo, no han sido examinados por las autoridades judiciales competentes.

IV. **Conclusión**

85. Por cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda al Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Regional Superior de Hamburgo) en los siguientes términos:

1) La reserva establecida en el artículo 55, apartado 1, letra a), del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, no respeta el contenido esencial del principio *ne bis in idem*, tal como se enuncia en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, por lo tanto, debe ser declarada nula.

2) El principio *ne bis in idem*, contenido en los artículos 54 del Convenio y 50 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que una resolución de sobreseimiento adoptada por la fiscalía y por la que se finaliza el procedimiento de instrucción no puede ser calificada como «sentencia definitiva», a efectos de esos artículos, cuando se desprende de forma manifiesta de la motivación de dicha resolución que los elementos que conforman la propia sustancia de la situación jurídica, como la audiencia de la víctima y la del testigo, no han sido examinados por las autoridades judiciales competentes.