CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 8 de abril de 2008 [1]

I. Introducción

1. En el último lustro el Tribunal de Justicia ha perfilado los difusos contornos del principio *ne bis in idem,* mediante una jurisprudencia [2] en la que las circunstancias específicas de los asuntos enjuiciados no ensombrecen la vocación de generalidad que la inspira, y a la que me honra haber contribuido. [3]

2. Al igual que cuando se contempla un cuadro, la correcta apreciación de una visión de conjunto requiere distanciarse del objeto pintado, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de que la retina capte únicamente los trazos, la textura y la masa de colores, sin alcanzar a comprender el significado global de la obra.

3. A veces, tal proceder se torna verdaderamente difícil, como acontece en este asunto, impulsado en parte por la paradójica actuación de quien pretende asegurarse el bienestar personal, alegando su propia condena a muerte, [4] pronunciada 47 años antes, para activar el *ne bis in idem*. Aquí residen la grandeza y la miseria del derecho.

II. El marco jurídico

A. *El acervo de Schengen*

4. Este patrimonio jurídico integra:

a) el Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 en la ciudad luxemburguesa que le da nombre por los Estados que forman la Unión Económica Benelux, la República

1 — Lengua original: español.

2 — El Tribunal de Justicia se ha ocupado de este principio en siete ocasiones: sentencias de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügge (C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345); de 10 de marzo de 2005, Miraglia (C-469/03, Rec. p. I-2009); de 9 de marzo de 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Rec.p. I-2333); de 28 de septiembre de 2006, Van Straaten (C-150/05, Rec. p. I-9327); de 28 de septiembre de 2006, Gasparini y otros (C-467/04, Rec. p. I-9199); de 18 de julio de 2007, Kretzinger (C-288/05, Rec. p. I-6441); y de 18 de julio de 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, Rec. p. I-6619).

3 — En los asuntos Gözütok y Brügge, Van Esbroeck y Van Straaten pueden consultarse mis conclusiones, presentadas, respectivamente, el 19 de septiembre de 2002, el 20 de octubre de 2005 y el 8 de junio de 2006. En los demás casos, salvo en Miraglia, decidido sin conclusiones, la abogada general Sharpston formuló conclusiones el 15 de junio de 2006 para Gasparini y el 5 de diciembre de 2006 en Kretzinger y Kraaijenbrink.

4 — Nietzsche, F., *El crepúsculo de los ídolos,* Alianza Editorial, Madrid, 2006, p. 34, con el telón de fondo del afán de supervivencia, muestra la capacidad del género humano para rentabilizar las adversidades en el aforismo 8 de sus sentencias y dardos, que se refiere a la escuela de guerra de la vida, indicando que «lo que no me mata, me hace más fuerte». Una versión más castiza la provee el refrán español «lo que no mata, engorda».

Federal de Alemania y la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes; [5]

b) el Convenio de Aplicación del anterior Acuerdo, suscrito el 19 de junio de 1990 (en adelante, «el Convenio»), [6] que establece medidas de cooperación para neutralizar la desaparición de esos controles;

c) los protocolos y los instrumentos de adhesión de otros Estados miembros, las declaraciones y los actos adoptados por el Comité Ejecutivo creado por el Convenio, así como los dictados por las instancias a las que ese Comité asigne competencias decisorias. [7]

5. El Protocolo (nº 2) anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, «el Protocolo») incorpora el descrito bloque al marco de la Unión, rigiendo, según su artículo 2, apartado 1, párrafo primero, en los trece Estados enumerados en el artículo 1, [8] desde la vigencia del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999).

6. La Decisión 2007/801/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, [9] ha ampliado notablemente el ámbito territorial del Acervo, al declarar aplicables plenamente sus disposiciones a la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca.

7. El Reino Unido [10] y la República de Irlanda [11] no se han asociado por completo a este proyecto común, optando por una participación puntual.

5 — DO 2000, L 239, p. 13.
6 — DO 2000, L 239, p. 19.
7 — DO 2000, L 239, pp. 63 y ss.

8 — El Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Italia, la República de Finlandia, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Suecia y el Reino de Dinamarca, aunque este último disfruta de un estatuto singular, que le permite soslayar las resoluciones que se adopten en este ámbito.
9 — DO L 323 p. 34
10 — Decisiones del Consejo, 2000/365/CE, de 29 de mayo de 2000 (DO L 131, p. 43), y 2004/926/CE, de 22 de diciembre de 2004, sobre la ejecución de partes del Acervo de Schengen por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 395, p. 70).
11 — Su petición resultó atendida mediante la Decisión 2002/192/CE del Consejo, de 28 de febrero de 2002 (DO L 64, p. 20).

8. La República de Chipre, [12] la República de Bulgaria y la República de Rumanía, [13] si bien quedan vinculadas por el citado cúmulo de normas tras su ingreso en la Unión Europea, requieren la mediación del Consejo, para comprobar el cumplimiento de las condiciones necesarias para su aplicación.

9. Entre los países no pertenecientes a la Unión Europea, el artículo 6 del Protocolo compromete a la República de Islandia y al Reino de Noruega en la ejecución y el desarrollo del Acervo de Schengen, países en los que está vigente desde el 25 de marzo de 2001. [14] Existe, además, un Acuerdo de asociación con Suiza para la ejecución, la aplicación y el desarrollo de dicho Acervo, [15] al que, probablemente, se adhiera el Principado de Liechtenstein, en virtud de un proyecto de Decisión elaborado por el Consejo. [16]

10. La meta, según el preámbulo del Protocolo, radica en potenciar la integración en Europa, para propiciar que la Unión se convierta con más rapidez en un espacio de libertad, seguridad y justicia.

11. Con arreglo al artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, del Protocolo, el Consejo adoptó el 20 de mayo de 1999 las Decisiones 1999/435/CE y 1999/436/CE, en las que define el Acuerdo de Schengen y determina, conforme a los preceptos pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de las normas de su Acervo. [17]

B. *En particular, el principio* ne bis in idem

12. El título III del Convenio, llamado «Policía y seguridad», se inicia con un capítulo dedicado a la «Cooperación policial» (artículos 39 a 47) y continúa con otro que se ocupa de la «Asistencia judicial en materia penal» (artículos 48 a 53).

12 — Artículo 3, apartado 2, del Acta relativa a las condiciones de adhesión (DO 2003 L 236, p. 50).

13 — Artículo 4, apartado 2, del Acta relativa a las condiciones de adhesión (DO 2005 L 157, p. 203).

14 — El 19 de diciembre de 1996 los trece Estados miembros de la Unión Europea a la sazón signatarios de Schengen y los países nórdicos mencionados firmaron en Luxemburgo un pacto *ad hoc*, precedente del Acuerdo celebrado el 18 de mayo de 1999 por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, la aplicación y el desarrollo del Acervo de Schengen (DO L 176, p. 36). El artículo 15, apartado 4, de este último pacto encomendó al Consejo fijar la fecha de entrada en vigor para los nuevos compromisarios, tarea que acometió en la Decisión 2000/777/CE, de 1 de diciembre de 2000 (DO L 309, p. 24), señalando, con carácter general, el 25 de marzo de 2001 (artículo 1).

15 — Aprobado por la Decisión 2004/860/CE del Consejo, de 25 de octubre de 2004 (DO L 370 p. 78).

16 — Propuesta de Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2006 COM(2006) 752 final.

17 — DO L 176, pp. 1 y 17, respectivamente.

13. El capítulo tercero, bajo la rúbrica «Aplicación del principio *non bis in idem*», se compone de los artículos 54 a 58, con cobertura en los artículos 34 UE y 31 UE, según el artículo 2 y el anexo A de la aludida Decisión 1999/436.

14. El artículo 54 dispone:

«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.»

C. *El derecho francés*

15. Comparto las reflexiones de alguno de los que han acudido [18] a este diálogo prejudicial sobre la exigüidad de la información que suministra el auto de remisión acerca del contenido exacto de las disposiciones francesas aplicables. [19]

16. No obstante, a tenor del artículo 120 del Código de Justicia Militar, [20] el rebelde podía formular oposición contra la sentencia durante los cinco días siguientes a su notificación, sin descuidar el evento, por lo demás habitual en un procedimiento en rebeldía, de que no hubiese constancia de tal notificación, hipótesis en la que el referido artículo 120 permitía promover la oposición hasta que expirase el plazo de prescripción de la pena.

17. A su vez, del Código Procesal Penal [21] se infiere un plazo de prescripción de la pena de 20 años, a computar desde su imposición. [22]

18. La cabal inteligencia de estas normas deja vislumbrar, mediante su exégesis conjunta, que la sentencia en rebeldía, de la que no había certeza de su notificación al interesado, [23] deviene intangible [24] transcurridos 20 años desde su pronunciamiento, sin olvidar que, en el supuesto de autos, el plazo de prescripción coincide con el otorgado para solicitar la revisión. [25]

18 — Específicamente, las del Gobierno húngaro, en el apartado 8 de sus observaciones.

19 — La comparecencia de Francia, y aun la de Alemania, lamentablemente no producidas, hubieran despejado ciertas lagunas.

20 — Este Código está hoy derogado, aunque aplicable *ratione tempore* al caso del litigio principal, en su redacción de 1958, con antecedente en una Ley de 9 de marzo de 1928.

21 — Artículo 133.2 del Código vigente y artículos 639, 640 y 763 del aplicable en el momento de perpetrarse el homicidio.

22 — La República Portuguesa, en el apartado 27 de sus observaciones, aduce el artículo 639 del Código de Procedimiento Penal, del que se desprende que la prescripción de la pena comienza a correr antes de la detención del rebelde: «si le contumax se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par prescription […] ».

23 — En este caso no hay constancia de que se hubiera notificado la sentencia al condenado.

24 — El término francés que caracteriza este estado es el de «irrevocabilité», que expresa un pronunciamiento formalmente definitivo.

25 — En sintonía con el informe emitido por el fiscal del Tribunal aux armées de París, al que en líneas posteriores me refiero de una manera más detallada.

III. Los hechos, el litigio principal y la cuestión prejudicial

19. El Sr. Klaus Bourquain, ciudadano alemán alistado en la Legión extranjera, [26] fue juzgado por el delito de homicidio y declarado culpable en rebeldía, imponiéndosele la pena de muerte, en sentencia de 26 de enero de 1961 del Tribunal Permanente de las Fuerzas Armadas en la zona Est Constantinoise, en Bône. [27]

20. Ese Tribunal castrense, en aplicación del Código Penal francés vigente a la sazón, consideró probado que, el 4 de mayo de 1960, el Sr. Bourquain, cuando intentaba desertar en la frontera entre Argelia y Túnez, en la provincia de El Tarf, [28] mató de un disparo de arma de fuego a otro soldado de la Legión extranjera, también de nacionalidad alemana, que pretendía impedir su huida.

21. El condenado nunca compareció ante el Tribunal, porque huyó a la República Democrática de Alemania; la pena no se ejecutó, aunque se trabó embargo sobre su patrimonio, para asegurar el pago de las costas.

22. Tras esa sentencia, ningún otro procedimiento penal se entabló contra el Sr. Bourquain ni en Francia ni en Argelia, aunque sí en la República Federal de Alemania, cuyas autoridades libraron un mandamiento de arresto en 1962, dirigido a la República Democrática de Alemania, que lo rechazó.

23. En el año 2002 la Staatsanwaltschaft Regensburg (fiscalía de Ratisbona) inició diligencias contra el Sr. Bourquain, para enjuiciarlo en Alemania por estos mismos delitos.

24. Pero en esa época el castigo impuesto por la sentencia de 26 de enero de 1961 no podía ejecutarse en Francia, ya que (1) en 1968 ese

26 — Con una activa intervención en la guerra de Argelia, este cuerpo de élite de las tropas francesas, creado en 1831 por el rey Louis-Philippe I, escribió en México el 30 de abril de 1863 una de sus páginas más célebres, con la batalla de Camarón, donde unos 65 soldados capitaneados por Jean Danjou resistieron durante diez largas horas el asalto de miles de soldados del ejército regular mexicano, episodio histórico novelado con rigor por Mañes J., en *El mito de Camerone,* 2ª ed, Hergué Editorial, Huelva, 2005.

27 — Ciudad de Argelia, actual Annaba, conocida en la antigüedad como Hipona, en la que San Agustín profesó como obispo durante los años 396 a 430.

28 — Aun consciente de la infranqueable barrera entre la realidad y la ficción, las circunstancias del luctuoso suceso evocan la obra de Camus, A., *El Extranjero,* Alianza Editorial, Madrid, 2003. El premio Nobel de literatura, nacido en Argelia, haciendo gala de un descarnado existencialismo, narra las penurias de Meursault en Argel, absolutamente indiferente a la muerte de su madre o a la oportunidad de matrimonio que se le ofrece, apatía que le lleva a disparar su revólver contra el «árabe», debido a que se sintió deslumbrado por el reflejo del sol que proyectaba el acero de su cuchillo, y que se prolonga, incluso, durante el juicio en el que resultó condenado a muerte, al declarar, ante la hilaridad de los asistentes al proceso, que el astro rey fue el único móvil de su acción.

país había amnistiado [29] las infracciones criminales cometidas por los miembros de su ejército durante los acontecimientos bélicos en Argelia; (2) su prescripción operó en 1981; y (3) ese año se abolió [30] la pena capital.

25. En esta coyuntura, el Landgericht Regensburg recabó la opinión del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (instituto para el derecho penal extranjero e internacional), que atribuyó fuerza de cosa juzgada, formal y material, a la sentencia dictada en rebeldía, pese a no ser de ejecución inmediata por las particularidades del derecho francés, impidiendo la prosecución de un nuevo proceso penal.

26. Además, el referido órgano judicial interesó del Ministerio de Justicia galo, con base en el artículo 57 del Convenio, información sobre si la sentencia de 26 de enero de 1961 obstaba a la apertura de un nuevo proceso en Alemania, a tenor del artículo 54 del Convenio.

27. El fiscal del Tribunal aux armées de París confirmó que la sentencia posee fuerza de cosa juzgada, al ser irrevocable desde 1981, y que no cabe ejecutarla en Francia por haber prescrito la pena, si bien entendió que el principio *ne bis in idem* del Convenio no es aplicable al caso. [31]

28. Este escenario de opiniones divergentes alimenta las dudas del Landgericht Regensburg que, en el auto de reenvío, pretende averiguar si el artículo 54 del Convenio exige que la pena haya sido ejecutable en algún momento. Según traslucen sus razonamientos, el derecho a solicitar un nuevo proceso mientras corre el plazo de prescripción [32] determina que la condena no pudiera cumplirse sino a partir de la expiración de dicho plazo, instante preciso en el que la prescripción de la pena se habría consumado. [33]

29. Por tanto, el Landgericht Regensburg, suspendida la tramitación del proceso, ha dirigido al Tribunal de Justicia, a título prejudicial, esta cuestión:

«¿Una persona definitivamente juzgada por una Parte contratante, puede ser encausada por otra Parte contratante por los mismos hechos cuando, en virtud del derecho del

29 — Ley de 31 de julio de 1968.

30 — Mediante Ley nº 81-908, de 9 de octubre (Journal Officiel de 10 de octubre de 1981, p. 2759). Recientemente, a causa de la reforma introducida por la Ley Constitucional nº 2007-239, de 23 de febrero de 2007 (Journal Officiel de 24 de febrero de 2007, p. 3355), la República Francesa reproduce la mencionada supresión en el artículo 66 de su Constitución.

31 — Esta idea incurre en una patente contradicción, pues, con independencia de que la pena no se haya ejecutado o de que no esté en curso de ejecución, justamente la otra condición que otorga virtualidad al principio es que «no pueda ejecutarse ya», según el derecho del Estado de condena.

32 — Insisto en que se trata de plazos que discurren de forma claramente superpuesta.

33 — Deliberadamente eludo cualquier consideración en torno a la no ejecución de la pena por efecto de la amnistía, pues es un aspecto que incumbe decidirlo al juez nacional, sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Justicia para desentrañar su proyección en el ámbito del artículo 54 del Convenio.

Estado de condena, la pena que se le impuso jamás pudo ser ejecutada?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

30. La resolución que promueve este incidente prejudicial se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 21 de junio de 2007.

31. Han depositado observaciones, dentro del plazo señalado por el artículo 23 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, el Sr. Bourquain, la Comisión, así como los Gobiernos checo, húngaro, neerlandés y portugués.

32. Tras la reunión general de 19 de febrero de 2008, me fue comunicado, el 27 de febrero, que el plazo para solicitar la celebración de una vista había expirado el 25 de febrero sin que nadie la hubiese instado, por lo que el asunto quedó expedito para la presentación de conclusiones desde la expresada notificación.

V. Análisis de la cuestión prejudicial

A. *Unas notas liminares sobre el* ne bis in idem *en el Acervo Schengen*

1. La doble manifestación del principio

33. Contrasta la diferente amplitud que el Tribunal de Justicia ha dispensado al *ne bis in idem,* según concierna al dominio de la competencia [34] o al del «tercer pilar» de la Unión Europea: en ambos ha aludido a la prohibición de la doble sanción, pero únicamente en el segundo [35] lo extiende a la posibilidad de ser encausado dos veces por el mismo hecho *(nemo debet bis vexari pro una et eadem causa).*

34 — La sentencia de 14 de diciembre de 1972, Boehringer Mannheim/Comisión (7/72, Rec. p. 1281), lo elevó a la categoría de principio general del derecho comunitario.

35 — Vervaele, J., «El principio non bis in idem en Europa», en *La orden de detención y entrega europea,* Arroyo, L. y Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 229, subraya la limitación del principio en derecho de la competencia.

34. El reconocimiento pleno de las sentencias penales extranjeras suponía un verdadero desafío para el derecho comunitario y el Tribunal de Justicia, sin eludir su responsabilidad, proclamó, bajo el auspicio de la libre circulación de personas, que el artículo 54 del Convenio asegura a quienes hayan sido juzgados en sentencia firme el ejercicio de esa libertad fundamental, sin temor a que se incoen en otro Estado contratante nuevos procedimientos penales en su contra por los sucesos ya enjuiciados. [36]

2. Sus fundamentos tradicionales

35. El artículo 54 del Convenio impide que, en razón de una determinada actuación ilícita, una persona sufra más de un procedimiento sancionador y que, eventualmente, se la castigue de forma repetida, evitando una inadmisible reiteración del *ius puniendi.* [37]

36. La seguridad jurídica proporciona al acusado en un proceso penal la garantía de que no se le volverá a enjuiciar por su acción, una vez exculpado, y de que no se le impondrá otra corrección en caso de condena.

37. No cabe desconocer, además, la funcionalidad de la equidad como soporte de la proporcionalidad que proscribe la adición de castigos, [38] pues, si toda pena, al margen del objetivo de la reinserción, [39] tiende a una doble finalidad represiva y disuasoria, al reprimir una conducta y al desalentar a otros eventuales infractores, también ha de ponderar tales propósitos, deparando el equilibrio adecuado para retribuir el comportamiento que corrige, a la par, de manera ejemplar.

38. Por último, como exigencia estructural del sistema jurídico, la legitimidad del *ne bis in idem* reposa, igualmente, en el respeto de la cosa juzgada.

36 — Apartados 38, 32, 57 y 27, respectivamente, de las sentencias recaídas en los auntos Gözütok y Brügge, Miraglia, Van Straaten y Gasparini y otros.

37 — Conclusiones de los asuntos Gözütok y Brügge (puntos 48 y ss) y Van Esbroeck (puntos 18 y ss).

38 — Lo prosaico del tema no incita a su tratamiento literario, aunque llama la atención la concepción que Dumas, A., en *Impressions de voyage,* Michel Lévy Frères Libraires-Editeurs, París, 1855, p. 57, mantiene del referido principio, al ligarlo, con cierto tono jocoso desprovisto de rigor jurídico, a la dificultad de ejecutar dos veces una pena, cuando describe el método infalible del «cadí» para simplificar la acción de la justicia en El Cairo, pues, detenido el ladrón, se le corta una oreja, por lo que, en caso de reincidencia, «il n'y a pas de dénégation posible, à moins que l'oreille n'ait repoussé, ce qui est rare; alors on coupe l'autre, en vertu de cet axioma de droit: *non bis in idem*».

39 — Henzelin, M., «Ne bis in idem, un principe à géométrie variable», *Revue Pénale Suisse*, tomo 123, 2005, fasc. 4, Stämpfli Éditions SA, p. 347.

3. Sus últimos desarrollos

a) De la confianza entre Estados…

39. Esta noción, joven aún en la construcción de una justicia penal europea, subyace en el principio de reconocimiento mutuo, [40] introducido en el apartado 33 de las conclusiones del Consejo europeo de Tampere de 16 de octubre de 1999. [41]

40. La Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, [42] postula sin ambages, en su considerando décimo, un grado de confianza elevado entre los Estados miembros.

41. Tales ingredientes presagiaban un temprano pronunciamiento del Tribunal de Justicia que, en la primera ocasión que se le ofreció, [43] enfatizó la importancia de la recíproca confianza, pieza clave en la virtualidad del artículo 54 del Convenio, de forma tal que cada uno de los Estados miembros ha de aceptar la aplicación del derecho penal vigente en los demás, aun cuando el suyo conduzca a una solución diferente; en otras palabras, desde la vertiente de los efectos, la *ratio* de la confianza recíproca se tiñe de utilitarismo al terciar en pos del principio de reconocimiento mutuo.

42. Sin embargo, tan esclarecedora postura del Tribunal de Justicia facilita el desenlace en ciertos casos, pero resulta insuficiente en otros, sobre todo, porque este sistema de cooperación reforzada encomienda a los distintos jueces nacionales un papel protagonista, que requiere elevadas dotes de interpretación. [44]

40 — Que debería aceptarse sin reticencias, pues como acertadamente recuerda Moreiro González, C.J., en *Las claúsulas de seguridad nacional,* Ed. Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2007, pp. 132 y 133, el consentimiento estatal opera como principio creador de las normas internacionales y hace surgir la cuestión principal de las obligaciones que los vinculan.

41 — Poco tiempo después, la confianza se explicita ya en el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal (DO 2001, C 12, p. 10), para «reforzar la cooperación entre Estados miembros, así como la protección de los derechos de las personas. […] La aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal supone una confianza recíproca de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal. Dicha confianza se basa, en particular, en el fundamento común que constituye su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de derecho».

42 — DO L 190, p. 1.

43 — En el apartado 33 de la sentencia de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügge, ya citada, siguiendo el punto 124 de mis conclusiones.

44 — Mis años de juez nacional y los vividos como abogado general en Luxemburgo me suministran, adicionalmente, una privilegiada veteranía para discrepar de las ilustrativas reflexiones de Flore, D., «La notion de confiance mutuelle: l'alpha ou l'oméga d'une justice pénale européenne», en *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 17: «Si en ocasiones un juez de Bruselas puede albergar inquietud sobre la aptitud de un colega de Arlon o de Brujas, cómo no habría de sentirla con relación a las decisiones de otro colega lejano, a quien jamás ha visto ni verá, que ejerce su función en un país que no conoce, donde nunca pondrá sus pies, y que no posee, quizás, ni su mismo estatuto ni su misma independencia, aplicando otro derecho y hablando otra lengua […]»

43. Un método adecuado para superar las situaciones de confusión radicaría en la armonización [45] del derecho penal sustantivo y procesal de los Estados miembros, pues los recelos a la hora de adoptar decisiones en esta rama del ordenamiento normalmente se diluyen al constatar que las resoluciones penales dictadas en otro Estado aparecen revestidas de idénticas garantías.

44. Mientras tanto, el *ne bis in idem* continúa enarbolando la bandera de la confianza compartida, pues, con independencia de que la convergencia sea realidad algún día, el artículo 54 del Convenio no se subordina a un acercamiento de legislaciones penales entre los Estados, [46] antes bien, su vigor se potencia precisamente en su ausencia.

45. Si entre los Estados ha de presumirse el acatamiento de ciertas condiciones, especialmente respecto a los derechos fundamentales, la experiencia muestra que la confianza recíproca rige como un principio normativo, que condensa las pautas exegéticas de las obligaciones relativas al «tercer pilar», desempeñando un papel próximo al de la cooperación leal. [47]

46. El reconocimiento mutuo, aunque arranca del abstracto campo de la cooperación entre Estados, se materializa en el más tangible de las garantías individuales [48] y se reconduce hacia la verificación de estándares usuales en el ámbito de los derechos, donde su habitual invocación por los operadores jurídicos acrecienta las probabilidades de un entendimiento compartido.

b) … al reconocimiento de un derecho para el individuo

47. Pese a los avances logrados, desligar las grandes libertades (como la de circulación) de la prohibición de encausar o sancionar «dos veces por lo mismo» exige aún ímprobos esfuerzos, cuya justificación se resiente con el nivel de integración alcanzado en una Unión Europea que concibe al ciudadano como titular de derechos y beneficiario último de las cautelas normativas. [49]

48. Mas, no aprecio obstáculo para completar (no para sustituir) las directrices de una cooperación entre Estados, erigidas sobre la

45 — Concebible como meta, pero en modo alguno presupuesto único de un espacio común de justicia, libertad y seguridad.

46 — Apartado 32 de la sentencia Gözütok y Brügge, ya citada.

47 — De Schutter, O., «La contribution du contrôle jurisdictionnel à la confiance mutuelle», en *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 103.

48 — Subrayo que el *ne bis in idem* encierra una de estas garantías individuales.

49 — En mis conclusiones de los asuntos Gözütok y Brügge alerto de este déficit de sensibilidad y recalco que los artículos 54 y siguientes del Convenio han de comprenderse desde la posición del ciudadano (puntos 114 y 115).

mutua confianza, con una visión proclive a la aplicación de los derechos fundamentales como andamiaje de referencia, [50] ya que el *ne bis in idem* supone una manifestación de la tutela judicial frente al *ius puniendi,* derivada del derecho al juicio justo, [51] con rango constitucional en algunos Estados involucrados en el Acervo de Schengen. [52]

49. La regla del *ne bis in idem* adquiere su verdadera densidad normativa con la elaboración de un derecho subjetivo al tratamiento unitario de la acción represiva, [53] apareciendo así anclada en unos cimientos sólidos que coadyuvan a cubrir los flancos débiles [54] de algunas instituciones, como la prescripción, la cosa juzgada o las múltiples teorías de la proporcionalidad, que el solo recurso a la recíproca confianza entre Estados [55] no permite solventar de manera satisfactoria.

50. Este horizonte se vislumbra más claro con la proclamación autónoma del *ne bis in idem* en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, [56] cuyo artículo 50 dispone que «nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

51. Entre las múltiples facetas de los derechos fundamentales, cobra especial relevancia la de entrañar límites definitorios e, incluso, excepciones del reconocimiento mutuo, [57] siempre

50 — Peers, S., *EU Justice and Home Affaire Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2006, p. 460, descubre en la Unión Europea, como reflejo de la alta integración, ciertas medidas de cooperación penal que, en su opinión, contribuirán al desarrollo de las normas internacionales sobre derechos humanos.

51 — Sugiero esta línea interpretativa en mis conclusiones de los asuntos Gözütok y Brügge.

52 — Esta regla se recoge, también, en acuerdos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14, apartado 7), o el Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 4). Pero estos textos contemplan el principio en su dimensión doméstica, asegurando su vigencia dentro de la jurisdicción de un Estado.

53 — Según la abogada general Sharpston, «el Estado tiene una sola oportunidad de examinar la supuesta conducta delictiva de un individuo y dictar la correspondiente sentencia» (punto 92 de sus conclusiones de 15 de junio de 2006, en el asunto Gasparini y otros).

54 — Flancos que afloran en ausencia de una armonización del derecho penal, sustantivo o procesal.

55 — Resulta paradigmático al efecto el asunto Gasparini y otros, ya citado, en el que el Tribunal de Justicia mantuvo una postura maximalista de la confianza recíproca, alejándose de las conclusiones de la abogada general Sharpston, para quien, en cambio, dicho concepto no aporta una base razonable a la aplicación del principio *ne bis in idem* en relación al sobreseimiento del proceso por prescripción de la acción penal (puntos 108 y ss).

56 — En mis conclusiones de 12 de septiembre de 2006, en el asunto Advocaten voor de Wereld, en el que recayó sentencia de 3 de mayo de 2007 (C-303/05, Rec. p. I-3633), sostengo que «la Carta ha de imponerse como herramienta interpretativa de primer orden en la defensa de las garantías ciudadanas que pertenecen al patrimonio de los Estados miembros. El reto se ha de encarar con prudencia, pero con vigor, con plena convicción de que, si la protección de los derechos fundamentales reviste carácter imprescindible en el pilar comunitario, se hace igualmente irrenunciable en el tercer pilar, capaz de incidir, por la propia naturaleza de su contenido, en el núcleo de la libertad personal, presupuesto de las demás». También, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, modifica el artículo 6 UE, al que añade este párrafo: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

57 — Así se deriva del artículo 6 UE y del artículo 1, apartado 3, de la Decisión marco 2002/584.

que imperen como principios comunes en los Estados miembros. [58]

B. *La noción de «sentencia definitiva»*

52. Los términos en los que el Landgericht Regensburg formula la pregunta delatan que su dilema se constriñe al alcance del artículo 54 del Convenio, que prohíbe perseguir los mismos hechos cuando, en caso de condena, la sanción «no pueda ejecutarse ya».

53. No obstante, el soporte fáctico suscita la indagación previa de si la condena dictada en rebeldía constituye una «sentencia firme» a los efectos del referido precepto, valorando la imposibilidad de ejecutar de inmediato la sanción que acarrea, ante la exigencia procesal de celebrar un nuevo proceso, una vez hallado el rebelde.

1. Su interpretación

54. La sentencia Kretzinger, de 18 de julio de 2007, ya citada, eludió este debate, [59] pues en su apartado 67 no estimó «necesario examinar […] si una sentencia dictada en rebeldía, cuya fuerza ejecutiva puede supeditarse a determinados requisitos en virtud del artículo 5, número 1, de la Decisión marco, debe ser considerada como una decisión en virtud de la cual una persona ha […] sido juzgada en sentencia firme en el sentido del artículo 54 del CAAS».

55. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha patrocinado un criterio amplio, que reafirma la necesidad de acatar en el seno de la Unión Europea las decisiones que pongan fin a la situación procesal del encausado según la legislación del Estado en el que se iniciaron las diligencias correspondientes.

56. Así, incluyó en el concepto de sentencia firme la extinción de la acción pública en los procedimientos en los que el ministerio fiscal ordena el archivo sin intervención de un órgano jurisdiccional (asuntos Gözütok y

58 — Apartados 34, 37 y 38 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004, Omega (C-36/02, Rec. p. I-9609).

59 — No lo eludió, en cambio, la abogada general Sharpston en sus conclusiones de 5 de diciembre de 2006, al sostener que la sentencia en rebeldía, por la mutua confianza, dispensa la protección del artículo 54 del Convenio, siempre que respete las pautas del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (punto 101).

Brügge), así como las resoluciones por las que se absuelve definitivamente al inculpado, bien por falta de pruebas (asunto Van Straaten), bien por prescripción (asunto Gasparini y otros).

57. Además, aunque las distintas versiones lingüísticas del artículo 54 del Convenio presentan divergencias, [60] la razón teleológica de avalar la circulación de las personas se dibuja unívoca en el espacio de libertad, seguridad y justicia, designio que quedaría mermado, de no aceptarse, por causa de las particularidades procesales nacionales, una acepción generosa de sentencia firme.

58. El arquetipo de la *res iudicata* [61] confiere a la sentencia un estado jurídico no modificable a través de impugnación alguna, por no haberse previsto recurso en su contra o por no haberse interpuesto dentro del plazo legal. [62]

60 — En otro contexto aludo a esas diferencias lingüísticas en mis conclusiones de los asuntos Gözütok y Brügge.

61 — El artículo 1 de la malograda Propuesta de la República Helénica para la adopción de una Decisión marco del Consejo sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* (DO C 100, p. 24) atribuye el carácter de sentencia definitiva acualquier decisión que tenga estatuto de *res iudicata* con arreglo a la legislación nacional. En otra perspectiva, Almagro, J., y Tomé, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1994, p. 347, y Cortés, V., *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, 6ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, tomo I (vol. I), p. 488.

62 — Idea que transmiten las redacciones francesa «définitivement jugé», inglesa «finally disposed», alemana «rechtskräftig abgeurteilt» o italiana «giudicata con sentenza definitiva», pese a que otros ordenamientos, como el español, designan este tipo de resoluciones con el término de «sentencia firme», como corrobora la versión española del artículo 54 del Convenio, entendiendo que la «sentencia definitiva» únicamente resuelve el proceso en primera instancia.

2. La sentencia dictada en rebeldía

59. Las diferentes aproximaciones de los Estados sobre los pronunciamientos judiciales adoptados *in absentia* entorpecen una fluida cooperación en materia penal, lo que no pasa inadvertido para recientes iniciativas, [63] que confieren cierta unidad, vertebrando los criterios mediante reglas comunes destinadas a soliviantar este trance.

60. En el caso de autos, un eventual juicio posterior empañaría, aparentemente, a los efectos del artículo 54 del Convenio, el carácter «firme» de la sentencia del Tribunal de Bône.

61. Pero la sombra de la duda se proyectaba temporalmente, toda vez que, como mantiene el fiscal del Tribunal aux armées de París, la sentencia se encontraba investida de la autoridad de cosa juzgada en 1981 y, por tanto, antes de iniciarse el proceso en Alemania, declaración [64] incontestable en la órbita del derecho comunitario.

63 — Como las de los Gobiernos esloveno, francés, checo, sueco, eslovaco, británico y alemán, reconducidas por el Consejo de la Unión Europea en un documento de trabajo (5213/08) de 14 de enero de 2008, para facilitar la cooperación judicial y el mutuo reconocimiento de decisiones judiciales, cuando se pronuncien en ausencia del imputado.

64 — No me sustraigo a resaltar la coherencia con la información suministrada a través de la cuestión prejudicial, ya que desde el pronunciamiento de la sentencia empezó a discurrir el plazo para que la impugnara el condenado, así como el de la prescripción de la sanción, por lo que, vencidos ambos, sin ninguna posibilidad de revisión, la decisión se tornó irreversible material y formalmente.

62. Atañe, no obstante, al Tribunal de Justicia percatarse de que el artículo 54 del Convenio no exige que la sentencia alcance el estatuto de definitiva cuando se dicte, pues basta con que esa condición concurra al iniciarse el segundo proceso, [65] lo que, para el Sr. Bourquain, tuvo lugar en el año 2002, en el que la decisión del tribunal militar había ganado ya la condición de cosa juzgada, a tenor de la propia normativa francesa.

63. Además, de acuerdo con diversos instrumentos, [66] la presencia del acusado durante el juicio permite la concreción de su defensa y de su derecho al proceso debido [67] e, incluso, la Decisión marco 2002/584, [68] permite exigir al Estado requirente, cuando pretenda ejecutar una pena impuesta en rebeldía, indicio claro de que el condenado puede solicitar un nuevo juicio en el que se aseguren sus derechos fundamentales.

64. Transformar esta garantía del imputado en una condición que anule la aplicación de otros derechos conduciría a una situación absurda, que se consumaría si se limitase la aplicación del *ne bis in idem* a las decisiones que impidan una revisión en su beneficio.

65 — Mis conclusiones del asunto Van Esbroeck pueden arrojar luz, ya que analizo la aplicación en el tiempo del artículo 54 del Convenio.

66 — Artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

67 — Con la finalidad de conocer los cargos, de ser oído por un juez imparcial, de disponer de la asistencia letrada y de participar en la práctica de las pruebas.

68 — Artículo 5.1.

65. Por los motivos expuestos, la sentencia de condena fallada en rebeldía debe considerarse «firme» a los efectos de la aplicación del artículo 54 del Convenio.

C. *El requisito de la «inejecución de la pena»*

66. En esta consulta prejudicial todos coinciden en que, cuando se incoó el proceso en Alemania, la pena no era ejecutable en Francia, pues, además de su prescripción, este país había abolido la pena capital y, aún antes, había promulgado una Ley de Amnistía para los acontecimientos de Argelia.

67. Mas, la pregunta del Landgericht Regensburg tiende a dilucidar si la traba a la ejecución de la pena debe ser posterior a la imposición, tesis auspiciada por el Gobierno húngaro al señalar que el artículo 54 del Convenio admite que los escollos surjan después, pero no contempla la hipótesis de un castigo inviable desde la sentencia, como acontece en este asunto, en el que el imperativo de un nuevo proceso, necesario para materializar la sanción, resultaba una quimera ante la incomparecencia del Sr. Bourquain.

68. Dicho Gobierno se apoya en la expresión literal del referido artículo 54, de que la pena «no pueda ejecutarse ya», para, a *sensu contrario,* colegir que en algún momento precedente sí pudo haberse ejecutado.

69. No parece convincente este argumento, pues el sentido de las palabras no constituye siempre un axioma adecuado, como ha alertado el Tribunal de Justicia en alguna ocasión; [69] además, en mi opinión, la brevedad de la alocución indica únicamente que la ejecutividad de la sanción se desencadena cuando se pretenda abrir el nuevo juicio y no antes, lo que preserva el efecto útil del precepto.

70. Pero el artículo 54 ofrece cobijo a unas normas penales nacionales que, en función de su naturaleza de última *ratio,* aborrecen cualquier interpretación extensiva [70] contraria al principio de legalidad, [71] vigente en las tradiciones comunes [72] de los Estados y plasmado de forma positiva [73] en el derecho comunitario.

71. Sin perjuicio de lo apuntado, reviste interés la reflexión del Gobierno neerlandés sobre la dificultad de imaginar que una sentencia definitiva inflija penas no ejecutables. [74]

72. Especial cuidado ha de ponerse para apreciar en sus justos términos el alcance del precepto, que pregona la ejecutividad de la sanción y no de la sentencia.

73. Formulada la cautela, conviene distinguir la sentencia ejecutable de la ejecutiva, [75] ya que, si la normativa francesa no permite la consumación de la punición sin abrir un proceso ulterior, no merma en absoluto el

69 — La sentencia de 13 de julio de 1989, Henriksen (173/88, Rec. p. 2763), rechazó este mecanismo exegético, al advertir de que «no podría definirse el alcance del concepto sometido a examen, por medio de una interpretación exclusivamente literal» (apartado 11).

70 — Berdugo, I., Arroyo, L., García, N., Ferré, J., y Ramón, J., en *Lecciones de Derecho penal. Parte general,* Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 37, describen que un enfoque a través del principio de legalidad necesita «la reserva absoluta de ley —monopolio del Parlamento- para definir las conductas delictivas y aplicar las penas, con exclusión de otras disposiciones legales de inferior rango y de la costumbre; la exigencia de determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición de interpretación extensiva y de analogía *in malam partem;* la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo […]». En sentido semejante, Vogel, J., «Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial», en *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea,* Tiedemann, K., y Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, p. 32, pone el acento en que la prohibición de analogía y el mandato de interpretación restrictiva se reconocen sin excepción en todos los Estados miembros, como corolario del principio de legalidad.

71 — El principio de legalidad como principio general del derecho comunitario se plasma, entre otras, en la sentencia Advocaten voor de Wereld, antes citada, apartados 46 y 49.

72 — Apartado 67 de la sentencia de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), con cita de las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659), y de 10 de julio de 2003, Broker Aquaculture e Hydro Seafood (C-20/00 y C-64/00, Rec. p. I-7411).

73 — Principio consagrado en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

74 — «Le gouvernement néerlandais ne peut par ailleurs pas imaginer une situation dans laquelle une sanction est infligée par un jugement définitif, sanction à propos de laquelle on peut déclarer à un quelconque moment ultérieur qu'elle n'a jamais pu être exécutée» (apartado 40 de sus observaciones).

75 — Ilustran esta doble perspectiva las categorías del derecho administrativo español de «autotutela declarativa y ejecutiva», pues si la primera significa que los actos del poder público disfrutan de una presunción de legalidad, afectando a los interesados en tanto no la destruyan mediante el oportuno recurso, la segunda conduce al terreno de los hechos e implica la ejecución forzosa cuando los destinatarios se resistan al cumplimiento (García de Enterría, E., y Fernández, T.R., *Curso de Derecho administrativo I,* 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 490 y 491).

valor de la sentencia como título jurídico que se proyecta *ipso iure* sobre la persona y el patrimonio del imputado, según demuestran, tanto la depuración de la responsabilidad del Sr. Bourquain en un nuevo juicio sobre el anterior pronunciamiento, en caso de ser hallado, como la persecución de sus bienes.

74. En paralelo, la pena devendría ejecutoria, una vez superado el impedimento procesal que la enervaba, que, por lo demás, no afectaba a su intrínseca validez, [76] sustantivizada así de su mera eficacia.

75. Por las explicaciones esgrimidas, sugiero que el Tribunal de Justicia interprete el artículo 54 del Convenio en el sentido de que su protección no desdeña la pena derivada de una sentencia firme que, por la idiosincrasia procesal del derecho nacional, nunca hubiese podido ejecutarse.

D. *De la amnistía, del* ne bis in idem *y de sus naturalezas divergentes*

76. No hay escapismo jurídico en la omisión de una argumentación sobre la manera en la que la abolición de la pena de muerte y la prescripción de la sanción impiden la ejecución de la sentencia del Tribunal de Bône: la obviedad, por un lado, y el respeto a la exclusiva competencia del juez nacional, por otro, convertirían cualquier razonamiento en superfluo e inconveniente.

77. No obstante, la prudencia aconseja reflexionar, siquiera brevemente, sobre las implicaciones de la amnistía, ante la variada gama de registros que este mecanismo excepcional de clemencia experimenta en los sistemas jurídicos comparados.

78. El Protocolo Segundo de la Convención de Ginebra [77] aproxima la amnistía a un sentimiento de pacificación y de reconciliación, tras periodos de convulsiones que hubiesen aparejado enfrentamientos violentos en el seno de una comunidad.

79. Conviene apaciguar sentimientos encontrados, de etiología muy precisa, generados en acontecimientos de carácter colectivo, que han fracturado política y socialmente a la población.

76 — Con abstracción de que se trata de la pena de muerte, incompatible en esencia con las libertades y con los derechos cuya salvaguarda inquebrantable anhela la Unión Europea.

77 — Específicamente, su artículo 6, apartado 5, al señalar que, «al cese de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado [...]».

80. Con esta nomenclatura se designan, en una acepción laxa, [78] cualesquiera medidas de perdón o remisión de las penas, incluido el indulto, [79] frente a otras concepciones que constriñen la amnistía a decisiones de carácter general del Parlamento, adoptadas según el procedimiento interno para la sanción de las leyes.

81. Las diferencias que concurren en Europa a propósito de estas fórmulas de clemencia, perceptibles desde ángulos tan diversos como el de su tipología o el de su finalidad, pasando por el de la categoría de delitos que pueden redimir, [80] no distorsionan su virtualidad extintiva del *ius puniendi* en todos los Estados ni la innegable realidad de que autoridades no judiciales abrogan, a través de su ejercicio, los efectos de una sentencia penal. [81]

82. Este ramillete de medidas de gracia, disperso por las distintas ideas que aglutina, aunque unívoco por los objetivos a los que sirve, evidencia sin fisuras auténticos gestos de voluntad política, nutridos por principios de oportunidad que hunden sus raíces en la soberanía de los Estados, como expresión de la gestión de sus propios conflictos.

83. La mutua confianza no debería albergar, al amparo del *ne bis idem* comunitario, los supuestos de inejecución de una pena provocados por la excitación de estas facultades exorbitantes de los poderes nacionales, pues la lógica del reconocimiento recíproco deja de operar en la esfera de la aplicación judicial de la ley, adquiriendo otra derrota, propiciada por vientos de fuerte componente sociológica y política.

84. No se debe al azar que la Decisión marco sobre la orden de detención europea descubra la amnistía como uno de los motivos obligatorios para su no ejecución, siempre que el Estado requerido tenga la competencia para perseguir el delito según su propio derecho penal (artículo 3, apartado 1).

85. Con la óptica de los derechos fundamentales, la amnistía tampoco resiste el envite de proporcionar un abrigo capaz de justificar la no ejecución de la pena por aplicación del *ne bis in idem*, pues, con independencia de que pueda erigirse en un peligroso catalizador para su postergación, [82] nuevamente se constata la presencia de dos dimensiones diferentes, ya que, la base que la inspira no bebe del manantial de los valores que los derechos fundamentales encarnan, al tiempo que actúa bajo parámetros tan difusos y aleatorios que trascienden los clásicos de racionalidad jurídica, cercenando la posibilidad de un control judicial. [83]

78 — Bernardi, A., y Grande, C., «Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción», en *La orden de detención y entrega europea*, Arroyo, L., y Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 260, 261 y 275.

79 — El indulto se caracteriza por la individualidad, frente a otras medidas de gracia dirigidas a un grupo de personas.

80 — Bernardi, A., y Grande, C., *op. cit.*, p., 262.

81 — Pradel, J., *Droit Pénal général*, París, 2002, p. 669.

82 — La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de manera crítica sobre ciertas figuras de perdón, en el asunto Barrios Altos contra Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, nº 45.

83 — Consustancial a su definición, el acto de «gracia», como categoría autónoma del «discrecional», escapa a una eventual revisión jurisdiccional.

VI. Conclusión

86. En atención a las anteriores consideraciones, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial, declarando que:

«El artículo 54 del Convenio suscrito el 19 de junio de 1990 para la aplicación del Acuerdo de Schengen debe interpretarse en el sentido de que una persona definitivamente juzgada en un Estado no puede ser encausada en otro por los mismos hechos, cuando, en virtud del derecho del Estado de condena, la pena que se le impuso no pudo jamás ejecutarse.»