Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 6 de febrero de 2014[1]

Asunto C-398/12

Procura della Repubblica
contra
M[Petición de decisión prejudicial

planteada por el Tribunale di Fermo (Italia)]

«Artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) — Principio non bis in idem — Declaración de sobreseimiento anterior al juicio que impide que se persiga a la misma persona por los mismos hechos — Declaración supeditada a la posibilidad de que afloren nuevos hechos o pruebas — Enjuiciamiento penal en otro Estado miembro por un delito derivado de los mismos hechos»

1. Tras una amplia instrucción, las autoridades judiciales de un Estado miembro (Bélgica) denegaron la apertura de juicio contra una persona investigada y, en su lugar, dictaron un auto de sobreseimiento.[2] Dicha resolución puso fin a la (potencial) instrucción previa al juicio pero puede ser revocada con arreglo a la legislación nacional en caso de que afloren nuevos hechos o pruebas contra la persona acusada. Mediante su petición de decisión prejudicial, el Tribunale di Fermo (Italia) desea que se dilucide si, en virtud del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen («CAAS»),[3] el principio *non bis in idem* impide que pueda perseguirse a esa persona por un delito derivado de los mismos hechos ante un tribunal penal de otro Estado miembro.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

2. El artículo 3 TUE, apartado 2, establece:

«La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.»

1 — Lengua original: inglés.

2 — Nota que no afecta a la versión española.

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

3. El artículo 67 TFUE, apartado 1, dispone:

«La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.»

4. Según el segundo considerando del Protocolo nº 19 del TFUE,[4] las Partes Contratantes tienen por objetivo preservar el acervo de Schengen y «desarrollar dicho acervo para contribuir a lograr el objetivo de ofrecer a los ciudadanos de la Unión un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores».

5. Conforme al artículo 2 de dicho Protocolo, el acervo de Schengen, que incluye el CAAS,[5] se aplica a los Estados miembros a que se refiere el artículo 1 de dicho Protocolo. Entre ellos se encuentran el Reino de Bélgica y la República Italiana.

6. El capítulo 3 del título III del CAAS («Policía y seguridad») lleva por título «Aplicación del principio *non bis in idem*» y engloba los artículos 54 a 58.

7. El artículo 54 tiene el siguiente tenor:

«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 57 establece normas para garantizar que las autoridades competentes de las Partes contratantes cooperen por lo que respecta al intercambio de información destinada a la aplicación efectiva del principio *non bis in idem*.

9. El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo «Carta») dispone:

«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.»

10. Las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales[6] establecen, en relación con el artículo 50, que «el principio *non bis in idem* no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios Estados miembros, lo que se corresponde con el acervo del Derecho de la Unión (véanse los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen […]). […] En lo que se refiere a las situaciones contempladas por el artículo 4 del Protocolo nº 7 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas (en lo sucesivo, «CEDH»)], es decir, la aplicación del principio en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH».

4 — Protocolo (nº 19) sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea (DO 2012, C 326, p. 290).

5 — El anexo del Protocolo del Tratado de Ámsterdam por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (DO 1997, C 340, p. 93) enumera los textos que forman parte del acervo de Schengen. Entre ellos se incluye, en el apartado 2, el CAAS.

6 — DO 2007, C 303, p. 17.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas

11. El artículo 4 del Protocolo nº 7 del CEDH tiene el siguiente tenor:

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

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

12. El Informe explicativo [7] del Protocolo nº 7 establece, en relación con el artículo 4, lo siguiente:

«29 El principio establecido en esta disposición sólo se aplica tras la absolución o condena definitiva de una persona conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado de que se trate. Por lo tanto, es preciso que se haya adoptado una sentencia firme, tal como se define dicha expresión en el apartado 22 *supra*. [8]

30. Sin embargo, podrá reabrirse el proceso con arreglo a la legislación del Estado interesado si afloran hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior que puedan incidir en la sentencia dictada ya sea a favor o en contra de la persona enjuiciada.

31. La expresión "nuevos hechos o ulteriormente conocidos" incluye nuevos medios de prueba referentes a hechos anteriormente existentes. Asimismo, este artículo no impide que se reabra el procedimiento en beneficio del condenado ni ninguna otra modificación de la sentencia en favor del condenado.»

13. Según la definición contenida en el Informe explicativo del Convenio europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales, [9] una resolución será firme «si, con arreglo al sentido tradicional, ha adquirido fuerza de cosa juzgada. Así sucederá cuando la resolución sea irrevocable, es decir, cuando ya no exista ningún recurso ordinario o cuando las partes hayan agotado dichas vías de recurso o hayan permitido que expirara el plazo para interponerlos sin hacerlo».

Derecho nacional

Derecho belga

14. El artículo 128 del Code d'instruction criminelle belga (Código de enjuiciamiento criminal; en lo sucesivo, «CIC») establece que, cuando se solicite la apertura de juicio contra un imputado, «si la sala de cuestiones preliminares considera que los hechos no son constitutivos de delito o falta o que no existen pruebas contra el acusado, deberá sobreseer el procedimiento.»

Dicha resolución se denomina auto de sobreseimiento.

7 — ETS nº 117.

8 — El apartado 22 se remite a la definición contenida en el Informe explicativo del Convenio europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales (véase el punto 13 *infra*).

9 — ETS nº 070.

15. El artículo 246 del CIC establece:

«Cuando la sala de instrucción haya resuelto que no procede abrir el juicio, el acusado no podrá volver a ser perseguido de nuevo por los mismos hechos a menos de que se disponga de nuevos hechos o pruebas.»

16. El artículo 247 del CIC dispone lo siguiente:

«Las declaraciones de testigos, las pruebas documentales y las actas que no pudieron ser sometidas a la consideración de la sala de instrucción y que puedan o bien reforzar las pruebas que dicha sala consideró excesivamente endebles o presentar los hechos desde un nuevo punto de vista que pueda resultar útil para establecer la verdad se consideran nuevos hechos o pruebas.»

17. La Cour de cassation belga ha considerado [10] que los artículos 246 y 247 del CIC no sólo se aplican a los autos de sobreseimiento de la sala de instrucción sino también en todos aquellos casos en los que los tribunales de instrucción, incluida la sala de cuestiones preliminares mencionada en el artículo 128 del CIC, hayan dado por concluida la investigación en virtud de una resolución que tenga las mismas consecuencias.

18. Si afloran nuevos hechos o pruebas, el artículo 248 del CIC exige que el oficial superior de policía correspondiente o el juez instructor remitan sin demora copias de los documentos y elementos fácticos o probatorios al fiscal general ante la sala de recursos, que podrá solicitar al presidente de la sala de instrucción que nombre un juez para que abra una nueva investigación a solicitud de la fiscalía. [11]

Derecho italiano

19. El artículo 604 del Código Penal establece que los delitos de agresión sexual cometidos por ciudadanos italianos pueden ser perseguidos en Italia aunque hayan sido perpetrados en el extranjero.

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

20. M, nacional italiano residente en Bélgica, fue investigado en este país a raíz de una serie de denuncias presentadas por su nuera, Q, a principios de 2004, por varias agresiones sexuales o, en cualquier caso, conductas ilícitas en el ámbito sexual. Se alegaba que M había cometido dichos actos en Bélgica contra su nieta, N, menor de edad (nacida el 29 de abril de 1999), entre mayo de 2001 y febrero de 2004.

21. La policía belga llevó a cabo una amplia investigación en la que obtuvo numerosa documentación, tomó declaración a varias personas, incluida N, y se recabaron varios informes periciales. En dichos informes periciales se abordaba, entre otras cosas, si la menor N presentaba secuelas de las presuntas agresiones a nivel físico y/o psicológico, si podía considerarse fiable la exposición de la denunciante Q, y si el propio M presentaba un trastorno de la personalidad desde el punto de vista sexual.

10 — Cass. 7 de septiembre de 1982, Pas. 1983, I, 27 a 30.

11 — La versión francesa de los artículos pertinentes del CIC se refiere principalmente a «nouvelles charges», que entiendo que comprenden tanto (nuevos) elementos fácticos como (nuevas) pruebas, más que elementos (o «medios») de prueba, es decir, pruebas propiamente dichas. He intentado mantener esta distinción en la medida de lo posible en las conclusiones utilizando la expresión «hechos o pruebas» (a veces, la expresión «elementos fácticos o probatorios») para representar «cargos» y «pruebas» cuando el texto francés se refiere a «preuve(s)».

22. Tras dicha investigación, la sala de cuestiones preliminares del Tribunal de première instance de Mons, mediante auto de 15 de diciembre de 2008, dictó el sobreseimiento que ponía fin al procedimiento penal, en lugar de remitir el asunto a la sala de enjuiciamiento. Revolvió en tal sentido al considerar que no existían suficientes hechos o pruebas que apoyasen las imputaciones formuladas contra M.

23. El 21 de abril de 2009, la sala de instrucción de la Cour d'appel de Mons confirmó el auto de sobreseimiento. Dicha resolución fue a su vez confirmada por la Cour de cassation mediante sentencia dictada el 2 de diciembre de 2009. Dicha resolución puso definitivamente fin al procedimiento en Bélgica, que únicamente puede reabrirse si afloran nuevos hechos o pruebas (conforme a lo previsto en los artículos 246 y 247 del CIC).

24. Mientras tanto, a raíz de una denuncia presentada por Q ante la policía italiana el 23 de noviembre de 2006, se inició en Italia un procedimiento penal contra M ante el Tribunale di Fermo por los mismos hechos por los que había sido investigado en Bélgica. Se llevó a cabo una amplia investigación que básicamente cubrió los mismos aspectos que la investigación desarrollada simultáneamente en Bélgica. El 19 de diciembre de 2008 (es decir, cuatro días después de que la sala de cuestiones preliminares del Tribunal de première instance de Mons dictara su auto de sobreseimiento), el juez instructor del Tribunale di Fermo acordó la apertura del juicio contra el citado M ante dicho órgano jurisdiccional en composición colegiada.

25. En una vista celebrada el 9 de diciembre de 2009 ante el Tribunale di Fermo, M alegó que podía invocar el principio *non bis in idem* a la luz de la sentencia dictada una semana antes (el 2 de diciembre de 2009) por la Cour de cassation belga, que puso fin al procedimiento paralelo en Bélgica.

26. En dichas circunstancias, el Tribunale di Fermo (Italia) suspendió el procedimiento y planteó la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Impide un auto de sobreseimiento firme, dictado por un país de la Unión Europea adherido al CAAS tras una amplia investigación desarrollada en la fase de instrucción de un proceso que podría reactivarse en presencia de nuevas pruebas, la apertura o la celebración de un proceso por los mismos hechos y respecto de la misma persona en otro Estado contratante?»

27. Presentaron observaciones escritas Q, los Gobiernos austríaco, belga, alemán, italiano, neerlandés, polaco y suizo y la Comisión Europea. Q, los Gobiernos alemán, neerlandés y polaco y la Comisión comparecieron y formularon observaciones orales en la vista celebrada el 12 de septiembre de 2013.

Análisis

28. La respuesta que procede dar a la cuestión del órgano jurisdiccional remitente gira en torno a la interpretación de la expresión «juzgada en sentencia firme» contenida en el artículo 54 CAAS. ¿Puede entenderse que mediante un auto de sobreseimiento, como el dictado en el procedimiento belga, se juzga en sentencia firme a una persona, de modo que resulte aplicable el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 54?

29. La jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia sobre el artículo 54 CAAS y sobre el principio *non bis in ídem*,[12] en relación con resoluciones por las que se resuelven de forma definitiva procedimientos penales, adoptadas antes y después del juicio, no ofrece una respuesta inequívoca a dicha cuestión.

30. Cuando la resolución se adopta después del juicio, la jurisprudencia establece que el principio *non bis in idem* debe aplicarse al margen de que se hubiera condenado o absuelto al acusado. Ese mismo criterio es válido cuando se dicta una resolución de condena en rebeldía (sin perjuicio de que conforme al Derecho nacional exista la obligación de abrir un nuevo proceso en caso de que esa persona sea detenida)[13] y de absolución por falta de pruebas tras celebrarse un juicio completo.[14] En este último caso, el Tribunal de Justicia declinó expresamente pronunciarse sobre la cuestión general de si una absolución *que no se basa* en una apreciación sobre el fondo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 54 CAAS. Se limitó a confirmar que una absolución por falta de pruebas se basa en tal apreciación[15] y, por tanto, da lugar a la aplicación del artículo 54 CAAS.

31. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha adoptado un enfoque laxo en relación con los supuestos en los que se adopta una resolución antes de la conclusión del juicio. El principio *non bis in idem* se aplica también cuando el ministerio fiscal ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal contra un imputado que haya aceptado abonar determinadas multas en relación con su conducta.[16] En relación con esta situación, el Tribunal de Justicia declaró que el objetivo del artículo 54 CAAS consiste en «evitar que una persona […], al ejercer su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros» y señaló que, para lograr plenamente dicho objetivo, el artículo 54 CAAS debe ser aplicable «a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no revistan la forma de una sentencia».[17]

32. El principio *non bis in idem* también resulta aplicable cuando no pueda perseguirse el delito en el «primer» Estado miembro al estar prescrito,[18] pese a que la legislación de los Estados contratantes en materia de prescripción de delitos no ha sido armonizada, de modo que es posible que pudiera perseguirse dicho delito en el «segundo» Estado miembro al no estar prescrito. (El argumento de la Comisión en el presente asunto en el sentido de que únicamente una resolución adoptada tras un juicio por el que se haya absuelto al imputado por falta de pruebas puede dar lugar a la aplicación del artículo 54 CAAS, parece estar destinado a fracasar a la luz de dicha sentencia).[19] En el asunto Gasparini y otros el Tribunal de Justicia insistió en que el principio *non bis in idem* implica necesariamente la existencia de una confianza mutua de los Estados contratantes en sus respectivos sistemas de justicia penal y, por consiguiente, la aceptación por cada uno de los referidos Estados de la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados Contratantes, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente.[20]

12 — 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 28 de septiembre de 2006, Gasparini y otros (C-467/04, Rec. p. I-9199); de 28 de septiembre de 2006, Van Straaten (C-150/05, Rec. p. I-9327); de 11 de diciembre de 2008, Bourquain (C-297/07, Rec. p. I-9425), y de 22 de diciembre de 2008, Turanský (C-491/07, Rec. p. I-11039).

13 — Sentencia Bourquain, citada en la nota 12, apartados 39 y 40.

14 — Sentencia Van Straaten, citada en la nota 12, apartado 58. El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer señaló que ninguna de las partes que presentaron observaciones discutió la virtualidad del principio *non bis in idem* en una tesitura tal dentro de un ordenamiento jurídico *nacional* (véase el punto 73 de sus conclusiones presentadas en dicho asunto).

15 — Apartado 60 de dicha sentencia.

16 — Sentencia Gözütok y Brügge, citada en la nota 12, apartado 48.

17 — Apartado 38 de dicha sentencia.

18 — Sentencia Gasparini y otros, citada en la nota 12, apartado 33.

19 — Es evidente que, cuando decidió que el principio *non bis in idem* era aplicable en el asunto Gasparini y otros, el Tribunal de Justicia consideró que carecía de importancia que la aplicación del período de prescripción entrañase que los acusados nunca hubieran estado en situación de riesgo de condena penal en el primer procedimiento.

20 — Gasparini y otros, citada en la nota 12, apartados 29 y 30.

33. Por el contrario, en la sentencia Miraglia [21] el procedimiento penal entablado en Países Bajos se suspendió al existir un procedimiento abierto contra el mismo acusado en Italia por los mismos hechos. La resolución por la que se ordenó la suspensión impedía perseguir los mismos hechos delictivos en Países Bajos y prestar asistencia judicial a las autoridades extranjeras, a menos que existieran nuevas pruebas. [22] El Tribunal de Justicia consideró que una resolución judicial de dichas características, adoptada sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo, no puede considerarse una decisión que juzgue en firme a una persona en el sentido de dicho artículo 54 CAAS, e impida que se persiga al interesado en Italia. [23] Si la resolución neerlandesa (adoptada precisamente *porque* había un procedimiento en curso en Italia) se hubiese considerado suficiente para que resultase aplicable el principio *non bis in idem*, «[habría hecho] más difícil o incluso ilusoria cualquier posibilidad concreta de sancionar en los Estados miembros afectados el comportamiento ilícito atribuido al imputado». [24] Así, el Tribunal de Justicia insistió en la importancia de garantizar la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto a la prevención y la lucha contra la delincuencia [25] (lo que, con arreglo al artículo 3 TUE, apartado 2, es el objetivo de las disposiciones contenidas en el título V, por el que se establece un espacio de libertad, seguridad y justicia).

34. En el asunto Turanský [26] se acordó el archivo de las diligencias penales en una fase anterior a la inculpación de una persona. Con arreglo al Derecho nacional, dicha resolución no constituía un impedimento para incoar nuevas diligencias penales en relación con los mismos hechos. El Tribunal de Justicia declaró que la resolución de archivo no constituía una resolución que permitiera considerar que la persona hubiera sido «juzgada en sentencia firme», de modo que resultase aplicable el principio *non bis in idem*. [27] En dicho asunto, el Tribunal de Justicia estableció el «criterio Turanský», a efectos de determinar si una persona ha sido «juzgada en sentencia firme». La decisión «debe poner fin a las diligencias penales y extinguir la acción pública de forma definitiva»; [28] y «hay que comprobar previamente [….] que el Derecho nacional del Estado contratante cuyas autoridades han adoptado la resolución en cuestión considere ésta como definitiva y obligatoria, y hay que asegurarse de que la misma origine, en ese Estado, la protección conferida por el principio *non bis in idem*». [29] Este criterio fue ratificado y aplicado en la sentencia Mantello (dictada en un asunto sobre una orden de detención europea). [30]

21 — Citada en la nota 12.

22 — Véase el apartado 22 de dicha sentencia.

23 — Apartado 35 de dicha sentencia. A este respecto véase, asimismo, en el ámbito de la legislación sobre competencia, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375), apartado 62, en la que el Tribunal de Justicia declaró que una decisión de anulación adoptada sin que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos imputados, no tiene el valor de una absolución que pueda dar lugar a la aplicación del principio *non bis in idem*.

24 — Sentencia Miraglia, citada en la nota 12, apartado 33.

25 — *Ibidem*, apartado 34.

26 — Citada en la nota 12.

27 — Sentencia Turanský, citada en la nota 12, apartados 39 y 40.

28 — Sentencia Turanský, citada en la nota 12, apartado 34.

29 — Apartado 35.

30 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2010 (C-261/09, Rec. p. I-11477), apartado 46. El artículo 3, apartado 2, de 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 (DO L 190, p. 1), incluye el principio *non bis in idem* como motivo para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea. En el asunto Mantello el Tribunal de Justicia admitió (apartado 40) que «en vista del objetivo común de los artículos 54 [CAAS] y 3, punto 2, de la Decisión marco, […] procede admitir que la interpretación de este concepto proporcionada en el ámbito del CAAS es igualmente válida en el contexto de la Decisión marco». A continuación, la Gran Sala citó (en los apartados 45 a 47) la jurisprudencia en ese sentido y ratificó el criterio Turanský.

35. En general, me parece que el enfoque adoptado por el Tribunal de Justicia hasta ahora no difiere mucho del del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 4, apartado 1, del Protocolo nº 7 del CEDH. La garantía prevista en dicho artículo «resulta pertinente […] cuando una condena o absolución previa ya ha adquirido fuerza de cosa juzgada».[31] Como aclara el Informe explicativo relativo a dicho Protocolo, «así sucederá cuando la resolución sea irrevocable, es decir, cuando no ya exista ningún recurso ordinario o cuando las partes hayan agotado dichas vías de recurso o hayan permitido que expirara el plazo para interponerlos sin hacerlo».[32]

36. La formulación del principio *non bis in idem* contenida en el artículo 50 de la Carta recoge la prevista en el artículo 4 del Protocolo nº 7. Las Explicaciones sobre la Carta establecen que el artículo 50 «no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios Estados miembros» y añaden que «en lo que se refiere a las situaciones contempladas por el artículo 4 del Protocolo nº 7, es decir, la aplicación del principio en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH».

¿Puede considerarse que M ha sido juzgado en sentencia firme en Bélgica en virtud de un auto de sobreseimiento?

37. Por lo general, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en los que se ha invocado una excepción *non bis in idem* (en este caso, Italia) deben resolver dicha cuestión sobre la base de la información proporcionada y la colaboración prestada con arreglo al artículo 57 CAAS por el Estado miembro en el que se hubiera dictado la resolución invocada para alegar la aplicación de dicho principio (en este caso, Bélgica).[33] El criterio que debe aplicarse es el establecido por el Tribunal de Justicia en el asunto Turanský.[34] Como en el presente asunto, el órgano jurisdiccional nacional puede acudir cuando lo estime necesario al Tribunal de Justicia planteando una petición de decisión prejudicial.

38. De la resolución de remisión se desprende que, con arreglo al Derecho belga, la resolución dictada por la Cour de cassation el 2 de diciembre de 2009 tiene por efecto que ya no puede perseguirse al acusado por los mismos hechos. La investigación no quedó informalmente «suspendida» sino que quedó formalmente prohibida. Es cierto que es posible reabrir un procedimiento después de que se haya adoptado una resolución de sobreseimiento si se dispone de nuevos hechos o pruebas, pero dicha posibilidad es limitada. Los elementos fácticos o probatorios deben poder reforzar las pruebas que la sala de instrucción (o en este caso, la sala de cuestiones preliminares) consideró excesivamente endebles o presentar los hechos desde un nuevo punto de vista que pueda resultar útil para establecer la verdad (artículo 247 del CIC). El procedimiento sólo puede reabrirse a instancias del ministerio fiscal, que dispone de la facultad discrecional de solicitarlo o no (artículo 248 del CIC).[35] Según llego a entender, un actor civil no puede obligar al ministerio fiscal a que solicite la reapertura del procedimiento penal ni iniciar una acción privada basada en los hechos o pruebas examinados cuando se dictó la resolución de sobreseimiento. En el presente asunto, se abrieron todas las vías de recurso ordinario contra dicha resolución, y quedaron agotadas en virtud de la sentencia de la Cour de cassation. En virtud de dicha sentencia, la resolución de la sala de cuestiones preliminares del Tribunal de première instance de Mons adquirió fuerza de cosa juzgada, de modo que M está protegido frente a nuevos procedimientos en Bélgica. Por consiguiente, se cumple el requisito establecido en el asunto Turanský, antes citado.

31 — Véase TEDH, sentencia Sergey Zolotukhin c. Rusia, de 10 de febrero de 2009, nº 14939/03, *Recueil des arrêts et décisions* 2009-I, p. 291, §83.

32 — Citado en el punto 13 *supra*.

33 — A este respecto, véase la sentencia Mantello, citada en la nota 30, apartados 48 y 49.

34 — Véase el punto 34 *supra*.

35 — Véase el punto 44 *infra*.

39. Sin embargo, el Gobierno belga señaló (en sus observaciones escritas, pues no asistió a la vista) que dicha resolución no es firme porque siempre cabe la posibilidad de reabrir el procedimiento si afloran nuevos hechos o pruebas, por lo que el principio *non bis in idem* del artículo 54 CAAS no resulta pues aplicable. En mi opinión, esta alegación puede estar basada en dos razonamientos. El primero de ellos es que simplemente fue una desafortunada circunstancia cronológica que el juicio penal italiano no empezara hasta una semana después de que la Cour de cassation belga adoptara su decisión y que cuando (como en este caso) los hechos que se imputan a un acusado son graves y desagradables, «debería» ir a juicio siempre que sea posible. El segundo es que el principio *non bis in idem* nunca podrá invocarse en un «segundo» Estado miembro mientras exista una posibilidad, por remota y débil que sea, de que se reanude o reabra en el «primer» Estado miembro el procedimiento penal. A continuación, analizaré sucesivamente cada una de estas cuestiones.

¿Una cuestión cronológica?

40. Uno de los aspectos más sorprendentes del presente asunto es la cronología de los acontecimientos. Ambas instrucciones penales, llevadas a cabo en Bélgica e Italia, se desarrollaron en paralelo. Los órganos jurisdiccionales de los dos Estados miembros intervinieron en el siguiente orden: a) auto de sobreseimiento de la sala de cuestiones preliminares del Tribunal de première instance de Mons, Bélgica (15 de diciembre de 2008); b) apertura del juicio contra M por el juez instructor del Tribunale di Fermo, Italia (19 de diciembre 2008); c) confirmación del auto de sobreseimiento por la sala de instrucción de la Cour d'appel de Mons, Bélgica (21 de abril de 2009); d) confirmación de la resolución dictada por el Cour d'appel de Mons por parte de la Cour de cassation, Bélgica (2 de diciembre de 2009); y, por último e) vista ante el Tribunale di Fermo, Italia, en composición colegiada (9 de diciembre de 2009).

41. Puede resultar útil examinar varios momentos comprendidos en dicha secuencia para determinar si el acusado M puede invocar el principio *non bis in idem* del artículo 54 CAAS y, en caso afirmativo, en qué momento y por qué razón puede hacerlo.

42. En la fecha en la que el juez instructor del Tribunale di Fermo abrió el juicio contra M (19 de diciembre de 2008), la sala de cuestiones preliminares del Tribunal de première instance de Mons acababa de dictar su auto de sobreseimiento (15 de diciembre de 2008). Sin embargo, dicho auto no había devenido «firme» con arreglo a la legislación belga. Podía ser objeto (y de hecho fue objeto) de recurso. Por consiguiente, en ese momento, M no podía invocar el principio *non bis in idem* para interrumpir el procedimiento desarrollado en Italia.

43. Si el juicio de M en Italia hubiera seguido su curso y se hubiera dictado sentencia antes del 21 de abril de 2009 (fecha de la resolución de la Cour d'appel, Mons) o, de hecho, antes del 2 de diciembre de 2009 (fecha de la resolución de la Cour de cassation belga), el análisis habría sido el mismo. Pese a que en cada caso habría habido una resolución previa con respecto a la misma persona y por los mismos hechos en otro Estado miembro, dicha resolución no habría sido aún «firme» con arreglo al Derecho nacional.

44. Sin embargo, esta situación cambia el 2 de diciembre de 2009. A partir de dicha fecha, M –si estuviera en Bélgica– quedaría protegido de ser perseguido por la resolución firme de la Cour de cassation por la que se confirma el sobreseimiento. Es cierto que, si afloraran nuevos hechos o pruebas, el artículo 248 del CIC exige que el oficial superior de policía correspondiente o el juez instructor remitan sin demora copias de los documentos y pruebas al fiscal general del órgano jurisdiccional de apelación. Dicho trámite resulta obligatorio. En ese momento, el fiscal general parece disponer de una facultad discrecional.[36] «Puede» (en principio, si considera que los nuevos elementos

36 — El texto francés dice «[…] sur la réquisition du procureur general […]» («si el fiscal general lo solicita formalmente»), lo que da a entender que este último puede decidir realizar o no dicha solicitud.

fácticos o probatorios pueden marcar la diferencia) solicitar al presidente de la sala de instrucción que nombre a un juez ante el que se desarrollará una nueva instrucción. Si opina que los nuevos hechos o pruebas no cambian nada o son insuficientes, lo normal es que no adopte esa medida. Sin embargo, *a falta* de esos nuevos elementos y de la puesta en marcha de dicho procedimiento, M está a salvo de ser perseguido. [37]

45. Una persona no debe perder la protección que le confiere la legislación penal nacional por ejercer su libertad de circulación. Por estos motivos, el efecto de la resolución de la Cour de cassation belga de 2 de diciembre de 2009 debe ser impedir que M sea juzgado en Italia con posterioridad a dicha fecha.

46. En aras de la exhaustividad, abordaré otras cuatro cuestiones adicionales.

47. En primer lugar, considero que la fecha pertinente debe ser aquella en la que un órgano jurisdiccional adopta una resolución, no la fecha (posterior) en la que dicha resolución es conocida por el fiscal o juez de otro Estado miembro. Este enfoque viene impuesto por la obligación de seguridad jurídica. La fecha de la resolución es cierta. La fecha de notificación puede variar y puede verse afectada por factores externos.

48. En segundo lugar, una persona con respecto a la cual se ha decretado la apertura de juicio está «en situación de riesgo de condena penal» hasta que se dicta la resolución por la que se resuelve el procedimiento iniciado contra ella. Es posible que transcurra cierto tiempo (cabría esperar que, por lo general, no tanto como en el presente asunto) entre la fecha en la que se ordena la apertura de juicio contra una persona y la fecha en la que efectivamente se celebra el juicio, y el juicio en sí también puede tardar cierto tiempo en sustanciarse. El principio *non bis in idem* ha sido concebido para evitar un doble riesgo. En mi opinión, de lo anterior se desprende que el principio *non bis in idem* no deja de aplicarse cuando se ordena la apertura de juicio contra una persona ni el día en que dicho juicio se inicia. Por el contrario, dicho principio puede ser invocado hasta que el procedimiento queda definitivamente resuelto.

49. En tercer lugar, una vez que una persona *ha sido* juzgada y condenada en un «segundo» Estado miembro, carece de pertinencia que, con posterioridad, una resolución dictada contra la misma persona por los mismos hechos en el «primer» Estado miembro devenga firme. Ello se debe a que, cuando fue *juzgado* en el segundo Estado miembro no se había dictado (aún) una resolución firme en el primer Estado miembro. Desde luego, la resolución dictada en el segundo Estado miembro puede ser objeto de recurso con arreglo a la legislación nacional por cualquiera de los motivos establecidos en la normativa penal de dicho Estado miembro. No obstante, no cabe invocar el artículo 54 CAAS.

50. En cuarto lugar es necesario ofrecer alguna respuesta a la pregunta de «qué pasa con el tiempo de la policía y con los gastos públicos dedicados a una investigación detallada en el segundo Estado miembro si se aplica el principio *non bis in idem* en dichas circunstancias y ya no puede seguir adelante la instrucción contra una persona con respecto a la cual ya se ha procedido a la apertura de juicio».

37 — Véase el punto 38 *supra*.

51. Sin duda existe una cuestión subyacente que merece un análisis serio sobre la «carrera para enjuiciar» y sobre eventuales conflictos de jurisdicción en asuntos penales. En la actualidad no existen normas convenidas al nivel de la Unión sobre la atribución de la competencia penal. [38] La aplicación del principio *non bis in idem* resuelve el problema de una forma limitada y a veces arbitraria. [39] No constituye una alternativa satisfactoria a la resolución de dichos conflictos con arreglo a una serie de criterios convenidos.

52. Actualmente existen algunas normas del Derecho de la Unión relativas al intercambio de información entre autoridades dedicadas a la investigación de los distintos Estados miembros. [40] La Decisión marco 2009/948/JAI, [41] que fue publicada y entró en vigor el 15 de diciembre de 2009 (es decir, poco después del procedimiento italiano objeto del litigio principal), exige que cuando una autoridad competente de un Estado miembro tenga motivos razonables para creer que se está tramitando en otro Estado miembro un proceso paralelo, se ponga en contacto con la autoridad competente del otro Estado miembro para iniciar consultas directas. Dichas consultas tienen por objeto evitar las consecuencias adversas que se derivarían de existir procedimientos paralelos y, en su caso, pueden llevar a concentrar los procesos penales en un Estado miembro.

53. En cierta medida, dicha norma aborda los problemas que subyacen en el presente asunto (y los planteados en el asunto Miraglia, antes citado). Sin embargo, la Decisión marco 2009/948/JAI no armoniza las leyes y procedimientos nacionales en este ámbito del Derecho. En particular, no obliga a los Estados miembros a renunciar a su competencia ni a ejercerla. [42] Hasta que el legislador no aborde la cuestión de los procesos paralelos de un modo más exhaustivo, deberá recurrirse necesariamente al principio *non bis in idem* establecido en el artículo 54 CAAS para colmar las lagunas existentes.

Si el procedimiento puede (probablemente) reabrirse, el principio non bis in idem *no es aplicable*

54. Ni el artículo 54 CAAS ni el artículo 50 de la Carta establecen expresamente lo que debe suceder con el principio *non bis in idem* en caso de que afloren nuevos hechos o pruebas. Las Explicaciones referentes al artículo 50 de la Carta resultan de gran ayuda al precisar que cuando se aplica el derecho contemplado en la Carta en el interior de un mismo Estado miembro, «el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH».

55. Por consiguiente, volviendo al CEDH, el artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7 del CEDH establece que lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1 (que consagra el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por el mismo delito), no impide la reapertura del proceso cuando se descubran «hechos nuevos o ulteriormente conocidos». El Informe explicativo del Protocolo nº 7 aclara [43] que la

38 — En relación con algunos intentos por resolver este problema, véase el Libro Verde de la Comisión, de 23 de diciembre de 2005, sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales y su anexo (COM/2005/0696 final) y las respuestas al mismo. Veáse, asimismo, el comentario de M. Fletcher, «The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response», *Yearbook of European Law*, vol. 26 (2007), pp. 33 a 56. Como ejemplo de varios asuntos relacionados con el principio *non bis in idem* que, al menos en cierta medida, han surgido de la insatisfacción de que determinadas autoridades de otro Estado miembro hayan iniciado antes un procedimiento, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Rec. p. I-2333), y de 18 de julio de 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, Rec. p. I-6619).

39 — Para un desarrollo más profundo de esta cuestión, véase M. Fletcher, R. Lööf y B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice*, Elgar European Law, 2008, pp. 131 y ss., en particular, pp. 132 y 133.

40 — En lo que respecta a órganos institucionales, véase la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DO L 63, p. 1), y el Convenio basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol) (DO 1995, C 316, p. 2).

41 — Decisión marco del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DO 2009, L 328, p. 42).

42 — Véase el decimoprimer considerando de la Decisión marco.

43 — Véase al apartado 31, recogido en el punto 12 anterior.

expresión «hechos nuevos o ulteriormente conocidos» incluye «nuevos medios de prueba referentes a hechos anteriormente existentes». Así, la posibilidad excepcional con arreglo al Derecho belga de reabrir un procedimiento tras una resolución de sobreseimiento refleja lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, del Protocolo nº 7.

56. Según interpreto el Protocolo nº 7 del CEDH, el artículo 4, apartado 1, establece el principio *non bis in idem*. A continuación, el artículo 4, apartado 2, establece una excepción que permite que se reabra un caso (con arreglo a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado) pese a que el principio *non bis in idem* resultase de otro modo aplicable. Ello no significa (y me atrevo a decir que, sin lugar a dudas, tampoco cabe interpretar razonablemente que signifique eso) que, mientras exista la posibilidad teórica de que se descubran «nuevos medios de pruebas referentes a hechos anteriormente existentes», el principio *non bis in idem* no es aplicable. En teoría, siempre pueden aflorar nuevos hechos o pruebas que completen los elementos anteriormente disponibles. Por lo tanto, la interpretación que propugna Bélgica privaría de eficacia al principio *non bis in idem*. Pese a existir un auto de sobreseimiento confirmado por el más alto tribunal que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, el acusado quedaría privado de la protección que el Derecho nacional le reconoce. Si se hubiera iniciado un segundo procedimiento en Bélgica (en lugar de en Italia) sin nuevos hechos o pruebas, está claro que habría sido bloqueado por dicha resolución.

57. ¿Sería distinta esta conclusión en caso de que el segundo procedimiento se hubiera llevado a cabo en otro «segundo» Estado miembro?

58. No lo considero así. El objeto del artículo 54 CAAS es, precisamente, evitar que una persona que ejerce su libertad de circulación pierda la protección derivada del principio *non bis in idem* de que disfrutaría en otro caso. Está claro que la posibilidad de invocar el principio *non bis in idem* a raíz de una resolución dictada en otro Estado miembro (en este caso, Bélgica) puede tener por efecto impedir que se lleve a cabo una instrucción en otro Estado miembro (en este caso, Italia) pese a que los tribunales del segundo Estado miembro hayan llegado a una conclusión distinta sobre la base de, esencialmente, los mismos hechos o pruebas. Sin embargo, la posibilidad de que se llegue a resultados diferentes es consecuencia de que el principio *non bis in idem* es aplicable pese a la falta de armonización, pues se basa en la existencia de un alto grado de confianza mutua. [44]

59. Sin embargo, lo que resulta más importante es que está claro que el principio *non bis in idem* no prohíbe la reapertura del proceso si surgen nuevos hechos o pruebas. [45] Si en el presente asunto el ministerio fiscal italiano pone a disposición de sus colegas belgas los elementos que obran en su poder, estos podrán evaluar esos elementos fácticos o probatorios y decidir si instan la reapertura del procedimiento belga con arreglo a los artículos 246, 247 y 248 del CIC. Sin embargo, ha de insistirse en que (en mi opinión) cualquier nuevo procedimiento contra un acusado con respecto al cual se ha dictado un auto de sobreseimiento firme debe ser iniciado *en el Estado miembro en el que se adoptó dicho auto* (es decir, el primer Estado miembro). Los órganos jurisdiccionales de un segundo Estado miembro no pueden saltarse las fases del proceso (y las garantías procesales que la legislación nacional del primer Estado miembro ofrece al acusado) decidiendo lo que pueden ser (o no) «nuevos» hechos o pruebas para juzgar al acusado.

44 — Véanse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999 y la sentencia Gasparini y otros, citada en la nota 12 y en el punto 32 *supra*, apartado 30.

45 — Véanse los puntos 54 a 56 *supra*.

Conclusión

60. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo que se responda del siguiente modo a la cuestión planteada, con carácter prejudicial, por el Tribunale di Fermo (Italia):

«El artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen debe interpretarse en el sentido de que un auto de sobreseimiento firme dictado tras una amplia investigación que impide que se siga el procedimiento contra la misma persona por los mismos hechos pero que, con arreglo al Derecho nacional, puede ser revocado en caso de que afloren nuevos hechos o pruebas, es una resolución que juzga en sentencia firme a una persona y permite aplicar el principio *non bis in idem* consagrado en dicho artículo.»