

«NE BIS IN IDEM» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

«Ne bis in idem» in the case law of the european court of human rights

LUIS LÓPEZ GUERRA

Universidad Carlos III de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 69

Enero – Marzo 2019

Págs. 9–26

SUMARIO: I. LÍNEAS GENERALES DEL NE BIS IN IDEM. II. ¿CUÁNDO SE TRATA DE LA MISMA INFRACCIÓN (IDEM)? III. LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA DUALIDAD DE PROCEDIMIENTOS («BIS»). EL CARÁCTER PENAL DEL PROCEDIMIENTO. IV. ¿DUALIDAD DE PROCEDIMIENTOS O TRATAMIENTO COHERENTE DIVERSIFICADO?. V. APÉNDICE: «A Y B CONTRA NORUEGA (JUR 2016, 272540)» Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha visto sujeta a una cierta evolución respecto de la interpretación de la cláusula ne bis in idem del artículo 4 del Protocolo 7, estableciendo que nadie puede ser sancionado dos veces por la misma infracción. Esta interpretación ha versado sobre todo sobre los dos elementos esenciales del principio: por un lado, sobre qué debe entenderse por la misma infracción (idem); por otro, en qué consiste el doble ejercicio del ius

ABSTRACT: The case law of the European Court of Human Rights has been subject to a certain evolution concerning the interpretation of the ne bis in idem clause of Art. 4 of Protocol 7, establishing that no one can be punished twice for the same offence. This interpretation has dealt mainly with the two essential elements of the principle: on the one side, what must be understood as the same offence (idem); on the other, what is the meaning of a double exercise of the ius puniendi

puniendi (bis). Los dos puntos clave en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal son los representados por la sentencia en el caso Zolothukin c. Rusia, del año 2009, en lo que se refiere a la definición del idem, y por la sentencia en el caso A y B c. Noruega, del año 2016, con respecto a la interpretación del bis.

PALABRAS CLAVE: Ne bis in idem– Tribunal Europeo Derechos Humanos.

(bis). The two main steps in the evolution of the Court's case law on the matter are represented by two judgments. The first one, pronounced in the case Zolothukin v. Russia, of the year 2009, concerns the definition of the idem; the second one, on the case A and B v. Norway, refers to the interpretation of the bis.

KEYWORDS: Ne bis in idem– European Court Human Rights.

Fecha de recepción: 7-1-2019

Fecha de aceptación: 21-1-2019

I. LÍNEAS GENERALES DEL NE BIS IN IDEM

El principio *ne bis in idem*, entendido como la prohibición al Estado de reiterar el ejercicio del *ius puniendi* sobre los mismos hechos se encuentra ampliamente recogido, tanto en los ordenamientos nacionales como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como integrante del régimen de los derechos fundamentales de la persona. Ahora bien, conviene señalar que esa aceptación general se ha visto acompañada por notables diferencias de tratamiento (tanto en los diversos ordenamientos estatales como en la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales y en la doctrina académica) en cuanto al alcance de ese principio y su plasmación y consecuencias concretas¹.

En el caso del sistema europeo creado por el Convenio europeo para la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ese principio presenta la peculiaridad de no encontrarse recogido en el texto del Convenio, sino en uno de sus protocolos, concretamente en el artículo 4 del protocolo 7, aprobado para su ratificación el año 1984². Valga precisar que varios

1. Para un tratamiento del tema, en relación con la presente exposición, ver PÉREZ MANZANO, M., «La prohibición de incurrir en bis in ídem en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)» en Mercedes Pérez Manzano y Juan Antonio Lascurain Sánchez (dirs.) *La tutela multinivel del principio de legalidad pena I*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 149-200; GARIN, A., «Non bis in idem et Convention Européenne des droits de l'homme. Du nébuleux au clair-obscur: état des lieux d'un principe ambivalent», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 106 (2016) pps. 395-432; MAULET, L., «Le principe *ne bis in idem*, objet d'un "dialogue" contrasté entre la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour Européenne des droits de l'homme» en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 109 (2017) pps. 107-130. De muy reciente publicación, GARCÍA CARACUEL, M., «El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE» en M.ª Viviana Caruso Fontan y M.ª Reyes Pérez Alberdi (dirs.), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 475-492.
2. Artículo 4. Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces
1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

Estados no han aún procedido a su ratificación, y que en muchas ocasiones tal ratificación se ha visto acompañada de reservas y declaraciones. Por lo que se refiere a España, la ratificación del Protocolo 7 se produjo en fecha relativamente tardía, el año 2010, con una única reserva relativa a su aplicación en Gibraltar.

La interpretación y aplicación del principio por el Tribunal de Estrasburgo ha reflejado los problemas que aparecen a la hora de precisar el contenido del *ne bis in idem*, en los términos en que lo recoge el Protocolo 7. Muestra de la complejidad de esos problemas podría ser el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal se ha visto sujeta en este aspecto a una cierta evolución, necesaria para despejar dudas y eliminar incertidumbres y contradicciones sobre los dos elementos esenciales del principio *ne bis in idem*: qué debe entenderse por una misma infracción (*idem*) y que debe entenderse por doble ejercicio del *ius puniendi* (*bis*). Como dato a señalar, en la evolución de su jurisprudencia, el Tribunal ha tenido en cuenta, incluso expresamente, la jurisprudencia paralela del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hasta el momento, los principios generales de su jurisprudencia se encuentran recogidos, esencialmente, en dos sentencias a las que se hará referencia en la presente exposición: por un lado, la sentencia en el caso *Zolotukhin contra Rusia*, (TEDH 2009, 23) del año 2009, referida sobre todo a la definición del *idem*, y por otro la recaída en el caso *A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540), del año 2016, que procede a establecer un tratamiento consolidado de la cuestión referente a la existencia de una doble punición (*bis*).

En todo caso, y junto a aspectos del principio en que se ha producido una evolución, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha mantenido desde un inicio, y respecto de otros aspectos básicos, una posición constante e inalterada. Algunos de estos aspectos revisten especial relevancia, ya que implican una clara diferencia respecto de la aplicación del principio por otros tribunales, tanto nacionales (así el Tribunal Constitucional Español) como supranacionales (como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Primeramente, y diferentemente de la situación en lo que atañe a este último, el artículo 4 del Protocolo 7 es aplicable únicamente a procedimientos seguidos ante tribunales y otras autoridades del mismo Estado. Aparte de alguna decisión anterior de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal se pronunció en este sentido en su decisión de inadmisibilidad en el

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

3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio.

caso *Böheim contra Italia*, de 22 de mayo de 2007, que versaba sobre procedimientos penales llevados a cabo en Italia y Alemania. Esta posición fue reiterada en la sentencia en el caso *Trabelsi contra Bélgica* (JUR 2014, 223498) del año 2014, en el sentido de que el citado artículo no sería aplicable respecto de procedimientos y condenas producidos en diferentes Estados.

Debe destacarse también (y a este respecto se produce una diferencia en la apreciación del alcance del principio respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional español) que el *ne bis in idem* se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como aplicable únicamente en el caso de existencia de una dualidad de procesos; esto es, para el Tribunal no resulta aplicable la doctrina que reconoce la posibilidad de un *ne bis in idem* material, en el sentido de que el principio prohíbe que en el mismo proceso penal «por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción principal doble o plural» (en términos del sentencia del Tribunal Constitucional español 154/1990). La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo exige la presencia de una dualidad de procedimientos, independientemente, como se verá, de su eventual conexión.

Como elemento invariado en la jurisprudencia del Tribunal puede señalarse también que el artículo 4 del protocolo 7 es aplicable, no sólo en casos de condena en un segundo proceso por los mismos hechos, sino también cuando, recaída resolución firme en el primero, se produzca un nuevo enjuiciamiento por esos hechos, haya o no recaído nuevo pronunciamiento. En palabras del Tribunal, «el artículo 4 del protocolo número 7 no menciona únicamente el caso de una doble condena, sino también el de doble enjuiciamiento»³. De acuerdo con la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, el citado artículo contiene tres garantías distintas: que nadie pueda ser 1) perseguido 2) juzgado o 3) condenado dos veces por los mismos hechos⁴. Es decir, el contenido del fallo concreto en ambos procedimientos es irrelevante a estos efectos; es la existencia de un segundo procedimiento sancionador, una vez recaída decisión firme en el primero, lo que determina la aplicación del mandato *ne bis in idem*. Finalmente, y como posición también consolidada, el Tribunal tiene en cuenta lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 del Protocolo 7, en cuanto que considera que no se produce *bis in idem* cuando las actuaciones procesales posteriores al primer procedimiento representan en realidad la reapertura del mismo (y no un procedimiento distinto y separado) debido a la revelación de hechos nuevos o a la apreciación de irregularidades fundamentales en el procedimiento⁵.

3. *Zolotukhin contra Rusia* (TEDH 2009, 23), par. 96; *Franz Fischer contra Austria* (TEDH 2001, 352) (2001) par. 29.

4. *Zolotukhin* (TEDH 2009, 23), 110; *Nikitine contra Rusia* (JUR 2004, 193137) (2004) par. 36.

5. Ver por ejemplo, *Nikitine contra Rusia* (JUR 2004, 193137), *cit*; también la decisión de inadmisibilidad en *Bratyakin contra Rusia*, de 9 de marzo de 2006.

II. ¿CUÁNDO SE TRATA DE LA MISMA INFRACCIÓN (IDEM)?

Partiendo de estos supuestos iniciales, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha debido encarar una primera cuestión: determinar cuándo los dos pronunciamientos versan sobre la misma infracción, esto es, la cuestión del *idem*. Debe señalarse que esa cuestión presenta una dificultad previa: el sentido anfibológico del término «infracción» (en inglés *offence*; en francés *infraction*) en el artículo 4 del Protocolo 7. Este término viene a significar, en términos de comprensión inmediata, una conducta constitutiva de una transgresión de la legalidad. Pero esta definición inicial contiene evidentemente dos elementos: por un lado una conducta fáctica; por otro una definición legal de esa conducta. Como consecuencia, el término infracción puede interpretarse como referido bien a la conducta fáctica, alegadamente ilegal, de un sujeto, bien a la definición que la norma jurídica efectúa de esa conducta en cuanto ilegal, esto es, vulneradora del ordenamiento. Lo que ha conducido a dos posibles soluciones respecto del *idem*. Una sería la que pudiera llamarse fáctica o naturalista; lo relevante para el *bis in idem* sería la conducta o comportamiento del individuo, independientemente de la calificación jurídica que se le atribuya en cada proceso. La segunda, por el contrario, parte de esa calificación jurídica; unos mismos hechos pueden ser definidos como constitutivos de varias y distintas infracciones, que pueden ser tratadas en diferentes procesos. La jurisprudencia de Estrasburgo, hasta la sentencia *Zolotukhin* (TEDH 2009, 23) se ha movido entre ambas posiciones.

Como puede suponerse, el problema se plantea sobre todo en relación con la concurrencia de sanciones y procedimientos sancionatorios sobre los mismos hechos en las vías penal y administrativa. La cuestión se centra en la aplicabilidad del artículo 4 del protocolo 7 cuando una misma conducta fáctica puede ser objeto de un enjuiciamiento en ambas vías, si, una vez recaída decisión firme, condenatoria o no, en una de ellas, puede llevarse a cabo un nuevo procedimiento sancionador en la otra. A estos efectos, y como se verá, el Tribunal ha considerado irrelevante cuál sea la naturaleza, penal o administrativa, de la vía inicial, siempre que en ella haya recaído una decisión final.

El enfoque inicial del Tribunal podría considerarse favorable a la visión naturalista o fáctica del *idem*. Este se definiría como una conducta o comportamiento del sujeto. En *Gradinger contra Austria* (TEDH 1998, 38) (1995), el recurrente causó un accidente de tráfico que dio lugar a la muerte de un ciclista. Fue condenado como culpable de homicidio por imprudencia (art. 80 del código penal) pero el tribunal penal consideró que no era aplicable la agravante de conducción con un nivel de alcoholemia de 0.8 gramos por litro, o superior. Por su parte, la autoridad administrativa, en resolución posterior,

y aplicando la legislación sobre tráfico por carretera, impuso una multa al recurrente por haber alcanzado ese nivel.

En el procedimiento ante Estrasburgo por alegada vulneración del *ne bis in idem*, el Gobierno austriaco apuntó que mientras que la disposición aplicada en el procedimiento penal perseguía el homicidio cometido bajo la influencia del alcohol, la legislación sobre tráfico castigaba el mero hecho de conducir un vehículo en situación de intoxicación alcohólica, independientemente del eventual daño causado a un tercero. La norma penal pretendía perseguir actos que causaran la muerte y pusieran en peligro la seguridad pública, mientras que la norma administrativa perseguía garantizar un flujo adecuado del tráfico. Se trataría pues de infracciones distintas (aunque derivadas de la misma conducta) desde el punto de vista legal.

El Tribunal, aun teniendo en cuenta que las disposiciones aplicadas en ambos procedimientos diferían no sólo en cuanto a la designación de la infracción, sino también en cuanto a su naturaleza y objetivo, estimó que lo relevante era que ambas resoluciones (la primera absolutoria en ese aspecto, la segunda condenatoria) versaban sobre la misma conducta fáctica. En consecuencia, se había producido una vulneración del artículo 4 del protocolo 7.

Ahora bien, este enfoque inicial no se vio invariado en la jurisprudencia posterior del Tribunal. En lugar de este enfoque fáctico, el Tribunal vino a adoptar, en el caso *Oliveira contra Suiza* (TEDH 1998, 89), del año 1998, un enfoque que difería del adoptado en *Gradinger* (TEDH 1998, 38), a pesar de que ambos casos mostraban muchas características comunes. En *Oliveira* (TEDH 1998, 89), la recurrente se vio sometida a dos procedimientos y fue objeto de dos sanciones separadas. Respecto de los hechos del caso, el automóvil de la recurrente ante Estrasburgo, cuando ésta conducía por una carretera cubierta de hielo, se fue hacia el lado opuesto de la carretera, chocando primero con un automóvil y colisionando posteriormente con otro, conducido por un tercero, que sufrió heridas graves. Un tribunal policial (*police magistrate*) condenó a la recurrente por no haber controlado su vehículo, y posteriormente un tribunal penal la condenó por haber causado lesiones imprudentemente.

La recurrente adujo en el procedimiento ante Estrasburgo que se había producido una doble condena en violación del artículo 4 del protocolo 7, por los mismos hechos, la pérdida de control del vehículo y la subsiguiente causación de lesiones.

En el caso, el Tribunal de Estrasburgo llegó a la conclusión de que no se había producido una violación del mandato *ne bis in idem*. De acuerdo con el Tribunal, un mismo acto podía dar lugar a dos infracciones con distinta denominación legal, en el caso falta de control del vehículo por un lado y pro-

ducción imprudente de una lesión por otro. El artículo 4 del protocolo 7 no impide que infracciones distintas sean contempladas por tribunales distintos, aun cuando esas infracciones deriven de los mismos actos. El Tribunal pues se separó de su doctrina en *Gradinger* (TEDH 1998, 38), basándose además en que en ese caso dos órganos sancionadores distintos llegaron a conclusiones diferentes sobre los hechos.

El Tribunal continuó en la línea interpretativa de *Oliveira* (TEDH 1998, 89) en sentencias posteriores. Por ejemplo, en *Ponsetta y Chernel contra Francia* (1999), los recurrentes, debido a que no habían realizado su declaración a efectos fiscales, recibieron, primeramente, una sanción administrativa consistente en un recargo tributario, y posteriormente, una condena penal por fraude fiscal. El Tribunal consideró la demanda inadmisibile, ya que la legislación tributaria hacía referencia a dos infracciones distintas: la administrativa se refería a la simple omisión de las declaraciones, y la penal pretendía sancionar la intención dolosa de no declarar.

El Tribunal, en resoluciones posteriores matizó su posición en *Oliveira* (TEDH 1998, 89), buscando lo que se ha podido llamar una «tercera vía» entre la concepción meramente fáctica de *Gradinger* (TEDH 1998, 38) y la concepción legal de *Oliveira* (TEDH 1998, 89), basada en la calificación de los hechos por dos normas distintas. Tal fue la vía propuesta en la sentencia en el caso *Franz Fischer contra Austria* (TEDH 2001, 352), del año 2001. El recurrente había causado la muerte de un ciclista cuando conducía bajo la influencia del alcohol. Por vía administrativa se le impuso una multa por diversas infracciones relativas al tráfico, entre ellas conducir bajo la influencia del alcohol. Con posterioridad fue condenado por homicidio imprudente, con la agravante de intoxicación alcohólica. En el caso, el Tribunal de Estrasburgo, siguiendo la línea de *Oliveira* (TEDH 1998, 89), mantuvo que no era contrario al artículo 4 del Protocolo 7 que de una misma conducta se derivaran varias infracciones. Pero añadió que el Tribunal debía examinar si esas infracciones, supuestamente distintas, mostraban en realidad los mismos elementos esenciales. En el caso, el Tribunal concluyó que ambas infracciones en vía administrativa y penal no diferían en tales elementos esenciales, por lo que sí se habría producido una vulneración del *ne bis in idem*.

¿Qué debería entenderse por «elementos esenciales»? En su jurisprudencia posterior, el Tribunal indicó varios criterios para determinar la presencia de una o varias infracciones, como el de si cada infracción legalmente definida perseguía una finalidad distinta (así en *Rosenquist contra Suecia*, el año 2004) o si protegía distintos valores sociales (así en *Garetta contra Francia*, del año 2008).

Así y todo, la existencia de dos líneas jurisprudenciales y la forzosa incertidumbre y dificultad en delimitar el concepto de «elementos esenciales», a la hora de decidir si efectivamente se habría producido o no una misma infracción, llevaron al Tribunal en su sentencia en el caso *Zolotukhin contra Rusia* (TEDH 2009, 23), a establecer en forma clara su posición respecto a la presencia del *idem*, esto es, sobre la presencia de una o varias infracciones. Valga decir que el Tribunal optó en *Zolotukhin* (TEDH 2009, 23) claramente por el concepto fáctico o naturalista de infracción, definida, no por la calificación legal, sino por la conducta o comportamiento fáctico del afectado.

Por lo que atañe a los hechos del caso, el recurrente, enrolado en el ejército, había sido condenado a tres días de arresto por una infracción administrativa (desórdenes durante su detención). Posteriormente fue procesado y absuelto en vía penal por conducta amenazadora e insultante durante esa detención. El Tribunal, expresando su voluntad de clarificar qué debía entenderse por «una misma infracción» estableció que el artículo 4 del protocolo 7 debería interpretarse como prohibitivo de que se procesase o juzgase a un individuo por una segunda infracción, en cuanto ésta resultase de hechos idénticos o de hechos que fueran sustancialmente los mismos; y tal garantía sería aplicable en el caso de que se abriese un nuevo procedimiento después de que una absolución o una condena previas por los mismos hechos hubiera adquirido la fuerza de *res iudicata*. En el caso, el Tribunal decidió que el procedimiento entablado contra el recurrente en la vía penal se refería esencialmente a la misma infracción por la que ya había sido declarado culpable en vía administrativa.

El Tribunal reconoce en *Zolotukhin* (TEDH 2009, 23) que en los diversos instrumentos internacionales se utilizan expresiones diversas en relación con el significado del *idem*. Pero señala también que la utilización por el artículo 4 del protocolo 7 del término «infracción» no justifica que deba adoptarse un enfoque restrictivo en esta materia: el Convenio debe aplicarse de forma que sus garantías sean concretas y efectivas. «*Se debe entender que el artículo 4 del protocolo número 7 prohíbe perseguir o juzgar a una persona por una segunda infracción en la medida en que ésta tenga su origen en unos hechos idénticos o en unos hechos que sean esencialmente los mismos*» (*Zolotukhin* (TEDH 2009, 23), par. 82).

III. LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA DUALIDAD DE PROCEDIMIENTOS («BIS»). EL CARÁCTER PENAL DEL PROCEDIMIENTO

Por lo que se refiere, pues, a los supuestos fácticos de aplicación del artículo 4 del protocolo 7 en relación con el requisito de identidad (*idem*), el Tribunal se ha decidido por un enfoque naturalista. Pero ello no resuelve to-

das las cuestiones derivadas de ese mandato. Se han planteado también otras relativas a los que podríamos denominar elementos de la dualidad de procedimientos sancionatorios, esto es, elementos del *bis*. La pregunta es la de cuándo debe apreciarse la presencia de una reiteración procesal sancionatoria prohibida por el artículo 4 del Protocolo 7. Un tema destacado en la reflexión del Tribunal ha sido el que versa sobre el significado de las expresiones «*perseguido o condenado penalmente*» y «*conforme a la ley y el procedimiento penal*». El término «penal» es clave: sólo se excluye una nueva persecución y condena penal si ya ha recaído una resolución firme *también* en materia penal.

Ahora bien ¿qué condiciones debe cumplir un procedimiento o sanción para que pueda calificarse como penal? Como se ha señalado, esta cuestión suele plantearse, en la mayoría de las ocasiones en relación con la presencia de una dualidad de procedimientos, penal y administrativo, en relación con los mismos hechos (definidos como tales en la línea apuntada por *Zolotukhin (TEDH 2009, 23)*). En principio, el protocolo 7 se refiere a una dualidad de procedimientos y sanciones penales. No excluye pues una dualidad procedimental o sancionatoria sobre los mismos hechos, si se trata de procedimientos o sanciones de naturaleza distinta.

La cuestión relativa a cuándo el tratamiento de una infracción debe considerarse o no de naturaleza penal se planteó tempranamente en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, si bien en relación con otro mandato, el del artículo 6, referente a las garantías del debido proceso a que tiene derecho una persona en caso de acusación penal dirigida contra ella. En la conocida sentencia en el caso *Engel contra los Países Bajos (TEDH 1976, 3)*, en 1976, el Tribunal elaboró una serie de criterios para distinguir procedimientos y sanciones penales de procedimientos y sanciones de otro tipo (por ejemplo de tipo disciplinario o administrativo) no cubiertos por las mismas exigencias que los supuestos de naturaleza penal. Ahora bien, en casos posteriores, lo que se planteó al Tribunal respecto del artículo 4 del protocolo 7 fue si los criterios considerablemente garantistas aplicables en relación con el proceso debido derivadas del artículo 6 del Convenio eran también aplicables en los supuestos relativos a la prohibición del *bis in idem* contenida en el artículo 4 del protocolo 7.

Los denominados criterios *Engel (TEDH 1976, 3)*, para determinar la presencia de una sanción penal (a diferencia de otros tipos de sanciones) pudieran resumirse en tres aspectos:

1. El primero se refiere a la calificación de la sanción por el ordenamiento interno. Si este ordenamiento califica una infracción y la correspondiente sanción como penal, el Tribunal estima que no cabe otra calificación por su parte.

En este sentido, este criterio resulta decisivo. Ahora bien, si la calificación nacional es distinta (es decir, como sanción o infracción no penal) el Tribunal no está vinculado por dicha calificación: de otra forma, bastaría a cualquier Estado definir una infracción como no penal (administrativa, disciplinaria, fiscal) para eludir las garantías del artículo 6 frente a acusaciones penales. Por ello, el Tribunal deberá aplicar otros criterios.

2. Un segundo criterio sería el de la naturaleza de la infracción. El Tribunal trata de precisar esta naturaleza atendiendo a una serie de elementos. Así, verifica si usualmente este tipo de infracciones se encuentran, en los países del Convenio, incluidas dentro de la normativa penal. Por otro lado, y más allá de este análisis, podríamos decir, comparatista, el Tribunal verifica si se persiguen fines típicamente penales: si se persiguen fines de prevención (particular o general) de conductas consideradas contrarias al orden social, o si, por el contrario, lo que se persiguen son fines regulatorios de una materia determinada, a efectos de conseguir una mejor funcionalidad. Otro elemento a tener en cuenta para decidir sobre la eventual naturaleza penal de infracciones y sanciones es el de si el tratamiento sancionador es de naturaleza general, afectando a todas las personas, o si se aplica sólo respecto de una categoría determinada de personas pertenecientes a un colectivo determinado, para conseguir un mejor funcionamiento de organizaciones o sistemas.

3. Un tercer criterio empleado por el Tribunal para decidir sobre el carácter penal de una infracción es la severidad de su eventual sanción. La presencia de una privación de libertad implica para el Tribunal la existencia de un carácter penal. Pero el hecho de que la sanción sea sólo económica no implica la exclusión de ese carácter, si reviste un determinado nivel de gravedad.

La aplicación de estos criterios, derivados de los requisitos del artículo 6, a la prohibición del *bis in idem* del artículo 4 del protocolo 7, para verificar si efectivamente se da una dualidad de infracciones penales no ha dejado de plantear dudas. En algún caso el Tribunal ha podido referirse expresamente a los problemas que plantea la aplicación de los criterios *Engel* (*TEDH 1976, 3*). Por ejemplo, y citando expresamente la posición del Abogado General Cruz Villalón en el procedimiento en el asunto *Akerberg Fransson* (*TJCE 2013, 56*), ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶, el Tribunal ha examinado varias de esas objeciones, y cabría recordar ahora algunas de ellas. Por un lado, el Tribunal admite, desde la perspectiva «comparatista» que la pluralidad de sanciones paralelas en procedimientos penales y administrativos es un fenómeno generalizado en los ordenamientos de los países europeos, dando lugar a sanciones, en ambos

6. En la sentencia del TEDH en el caso *A y B contra Noruega* (*JUR 2016, 272540*) (2016) a que se hace extensiva referencia más abajo.

procedimientos, de considerable gravedad. Por otra parte, el protocolo 7 no ha sido ratificado por varios Estados, lo que hace dudar de una vigencia general de los principios *Engel* (TEDH 1976, 3) en este aspecto. Además, ha de tenerse en cuenta el margen de apreciación reconocido a los Estados en la aplicación del Convenio. En palabras del Tribunal, en el caso *A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540), «*la falta de consenso entre los sistemas propios de los Estado Miembros, su diversa y variable voluntad de someterse al protocolo y el amplio margen de apreciación de que disponen los Estados al decidir sobre sus sistemas penales (...) podrían justificar una mayor amplitud de los criterios de aplicabilidad,, teniendo en cuenta sobre todo el derecho nacional ("in particular with a strong national law component") como ocurre respecto del artículo 7 del Convenio y como se hizo (antes de Zolotukhin (TEDH 2009, 23)) respecto del artículo 4 del protocolo 7, dando por ello lugar a un menor ámbito de aplicación que en el caso del artículo 6» (par. 106). No obstante, y aun reconociendo que en algún caso el Tribunal utilizó criterios distintos de *Engel* (TEDH 1976, 3) en supuestos de *bis in ídem* (así, cita expresamente la decisión de inadmisibilidad en el caso el caso *Storbraten contra Noruega*, del año 2007) el Tribunal, en *A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540) concluyó que los criterios *Engel* (TEDH 1976, 3) son los apropiados también en relación con esta materia. Por ello, el Tribunal «*encuentra más apropiado, para una interpretación consistente del Convenio en su conjunto, que la aplicación del principio (ne bis in ídem, n.a) se vea regida por los mismos y más precisos criterios de Engel (TEDH 1976, 3)*» (par 107). Tal es la situación que resulta de un cuidadoso y atento análisis del Tribunal.*

IV. ¿DUALIDAD DE PROCEDIMIENTOS O TRATAMIENTO COHERENTE DIVERSIFICADO?

No obstante, la existencia de una concurrencia de procedimientos y sanciones que puedan considerarse de naturaleza penal sobre los mismos hechos cuando, una vez firme una primera resolución se acusa, juzga o condena a la misma persona por los mismos hechos puede ser aceptable desde la perspectiva del artículo 4 del protocolo 7. Ello se produciría (y ya es jurisprudencia consolidada del Tribunal) cuando la combinación de sanciones sobre los mismos hechos deba ser considerada como un conjunto integrado de tal manera que resultaría artificial estimar que existe una duplicidad de procedimientos que lleve a que una persona sea juzgada o sancionada de nuevo por una infracción que ya haya dado lugar a una resolución firme. La doctrina del Tribunal, particularmente en casos de índole tributaria, ha experimentado una cierta evolución⁷, pero a partir de la citada sentencia en el caso *A y B contra Noruega*

7. Como puede apreciarse en las Sentencias en los casos *Glantz* (JUR 2014, 141419) (2014), y *Nykanen* (TDH 2014, 28),(2014) contra Finlandia, del año 2014, o *Grande Stevens*

(*JUR* 2016, 272540), del año 2016, el Tribunal ha aceptado que la imposición de una dualidad de sanciones como resultado de unos mismos hechos no tiene por qué suponer necesariamente una vulneración del *ne bis in idem*. Ahora bien, esta apreciación integral de dos procedimientos como formando un todo único aparece rodeada de múltiples precisiones y condicionamientos.

Una posición inicial en esta línea jurisprudencial, a efectos de la apreciación o no del *bis in idem* puede encontrarse en la decisión de inadmisibilidad en *RT contra Suiza* (2000) y más decididamente en la también decisión de inadmisibilidad en *Nilsson contra Suecia*, del año 2005⁸. En este último caso, el recurrente se quejaba de que tras haber sido juzgado y condenado penalmente por conducir bajo los efectos del alcohol, había sido sancionado con la suspensión, durante dieciocho meses, de su permiso de conducir. El Tribunal admitió que tal suspensión, formalmente una medida administrativa, tenía una naturaleza penal, debida, entre otros motivos a su severidad. Sin embargo, aun cuando las diferentes sanciones de naturaleza penal se impusieron en procedimientos distintos, había entre ellas una conexión lo suficientemente fuerte, material y temporal, como para considerar que la retirada durante un tiempo del permiso de conducir era una parte de las sanciones, en el ordenamiento sueco, derivadas de la infracción consistente en conducir bajo los efectos del alcohol. Por ello el tribunal declaró inadmisibile el recurso como manifiestamente infundado al existir una estrecha conexión entre los dos procesos sancionatorios.

Esta línea jurisprudencial experimentó diversas fluctuaciones en cuanto al sentido y consecuencias de la «estrecha conexión» entre dos procedimientos sancionadores. La fijación de una posición consolidada sólo se produjo en la citada *A y B contra Noruega* (*JUR* 2016, 272540). En el caso, la cuestión de fondo se planteó por las demandas de dos contribuyentes noruegos que alegaban haber sido juzgados y condenados sucesivamente en procedimientos administrativos y penales por las mismas infracciones fiscales. Primeramente, en vía administrativa habían sido sometidos a recargos fiscales; pagados tales recargos, habían sido además juzgados y condenados en procedimientos penales.

contra Italia (2014) entre otros. Ver sobre este tema las consideraciones de GARCÍA CARACUEL, M., en «El principio *ne bis in idem* y la concurrencia de sanciones penales y tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Albert Ruda González y Carmen Jerez Delgado (dirs.), *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Madrid, Editorial Sepin, 2018 213-228, especialmente p. 221.

8. También, y con mayor proximidad a *A y B* (*JUR* 2016, 272540), en *Rivard contra Suiza* (*TDH* 2016, 87), 2016.

El Tribunal, para determinar si se había producido una dualidad de procedimientos sancionadores contraria al *ne bis in ídem*, parte de la libertad de los Estados a la hora de organizar los procedimientos relativos a infracciones del ordenamiento. En los términos de la sentencia, «los Estados podrán, legítimamente, elegir respuestas legales complementarias a conductas socialmente ofensivas (como el no cumplimiento de regulaciones de tráfico o la evasión de impuestos) a través de procedimientos distintos que formen un todo coherente a efectos de enfrentarse con aspectos diferentes del problema social en cuestión, siempre que las respuestas jurídicas acumuladas no den lugar a una carga excesiva para el individuo afectado» (par. 121).

El Tribunal, tras revisar su jurisprudencia anterior sobre esta cuestión, tiene en cuenta las observaciones arriba mencionadas del Abogado General ante el Tribunal de Justicia en el caso *Akerberg Fransson* (TJCE 2013, 56) y señala que debe comprobar si efectivamente se ha producido una situación de doble injerencia en detrimento de los afectados o si por el contrario se trata de un sistema coherente e integrado que se enfrenta con diversos aspectos de una infracción de forma previsible y proporcionada, formando un todo interrelacionado, de forma que la persona afectada no se vea sometida a un tratamiento injusto.

En el caso, el Tribunal considera que el efecto del artículo 4 del protocolo 7 no prohíbe que los Estados prevean la imposición de una sanción administrativa caso de impago de impuestos, incluso en aquellos casos más serios en que también cabe una persecución penal. En las circunstancias del caso, la posible imposición de una sanción en ambos procedimientos, administrativo y penal era previsible para los afectados; además, ambos procedimientos se habían desarrollado en paralelo y estaban estrechamente conectados, de forma que los hechos establecidos en uno de ellos habían sido aceptados en el segundo. Por otro lado, la condena acordada en el procedimiento penal habría tenido en cuenta la sanción fiscal impuesta administrativamente. Por ello, la sentencia del TEDH llega a la conclusión de que la conexión entre ambos procedimientos excluía la dualidad prohibida por el artículo 4 del protocolo 7. El Tribunal a estos efectos, estima irrelevante el orden cronológico de procedimientos, esto es, si la primera sanción en adquirir firmeza fue administrativa o penal. Así y todo recomienda, como en algún caso anterior, como vía más adecuada la de que los diversos aspectos del juicio y la decisión sobre la infracción se lleven a cabo en el mismo procedimiento.

Ahora bien, y admitiendo que la estrecha conexión entre ambos procedimientos sancionatorios puede excluir el prohibido *bis in ídem*, el Tribunal no deja de imponer estrictas condiciones en cuanto a la conexión material y temporal entre ambos. Primeramente exige que en el ordenamiento nacional los

dos procedimientos persigan propósitos complementarios. Además, como se indica respecto del caso concreto, se exige que las consecuencias de la infracción en cada uno de los procedimientos sean previsibles para los afectados. La conexión material debe traducirse en una interacción en el establecimiento de los hechos, de forma que no se produzca una doble actividad en la proposición y práctica de la prueba.

Adicionalmente, en cuanto a la conexión material, ésta queda acreditada si la sanción eventualmente impuesta en el primer procedimiento es tomada en cuenta en el segundo. Como elemento de relevancia, el Tribunal, a la hora de verificar si tiene justificación la existencia de un proceso sancionador administrativo paralelo al penal, (solución que, como se dijo, el Tribunal no considera la más adecuada) tiene en cuenta si la sanción a imponer en ese procedimiento administrativo implica un estigma o desvalor social. Si ese estigma o desvalor no existe, el Tribunal considera que la vía administrativa, separada de la penal (con una connotación estigmatizadora más fuerte) queda justificada.

Ahora bien, junto a estos factores de conexión material, el Tribunal exige también, para excluir el prohibido *bis in ídem*, la conexión temporal. Ello no supone exigir que los procedimientos administrativo y penal hayan de producirse en forma estrictamente simultánea. Ni que hayan de concluir en resoluciones que devengan firmes al mismo tiempo. Pero sí exige que no se produzca una patente desconexión temporal, expresada en una notable diferencia en el tiempo entre el primero y segundo procedimiento.

Como ejemplo de esta estricta aplicación del principio de estrecha conexión temporal, puede citarse la sentencia, posterior a *A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540), en el caso *Johanssen y otros contra Islandia* (JUR 207, 117555), del año 2017. También en este caso había tenido lugar primeramente un procedimiento administrativo que dio lugar a un recargo tributario, al que siguió un procedimiento penal que concluyó en una condena. Pues bien, en este caso, el Tribunal estimó que no se había producido una conexión suficiente entre ambos procedimientos (que habían versado sobre los mismos hechos, y que habían dado lugar a sanciones que el Tribunal consideró de naturaleza penal) capaz de excluir la aplicación del artículo 4 del protocolo 7. En forma destacada, no se producía la conexión temporal. Los procedimientos administrativo y penal habían sido sólo parcialmente paralelos: la duración combinada de ambos había sido de nueve años y tres meses, pero su tramitación había sido coincidente en el tiempo solamente durante un año. La acusación penal se había producido, respecto de uno de los demandantes, quince meses después de la sanción administrativa: respecto del otro, dieciséis meses después. Pero además, la práctica de prueba en ambos procedimientos había

sido distinta y separada, ya que la autoridad policial había llevado a cabo una investigación propia, distinta de la judicial.

V. APÉNDICE: «A Y B CONTRA NORUEGA (JUR 2016, 272540)» Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La línea jurisprudencial iniciada en el caso *A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540) por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha encontrado seguimiento (si bien con un razonamiento paralelo) en la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 2018 en el caso *Luca Menci* y ello pese a la opinión del Abogado General Campos Bordona contraria a seguir el precedente del Tribunal de Estrasburgo.

En el caso, el Tribunal de Luxemburgo hubo de responder a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Bérgamo (Tribunal de distrito) en el sentido de si se opone el artículo 50 de la Carta Europea de Libertades Fundamentales⁹ (interpretado a la luz del artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a dicho artículo) a la posibilidad de tramitar un proceso penal que tenga por objeto un hecho (impago del IVA) por el cual se haya impuesto a la persona imputada una sanción administrativa irrevocable.

Los hechos básicos del caso pueden resumirse en que el señor Luca Menci fue objeto de un procedimiento administrativo por no haber pagado el IVA correspondiente al año 2011, que resultó en que la administración financiera le condenó a pagar el IVA y una multa del treinta por ciento de la cantidad debida. Posteriormente, a instancias de la Fiscalía, se abrió, por los mismos hechos, un procedimiento penal ante el Tribunal de Bérgamo, que planteó la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia, reitera su jurisprudencia anterior en el sentido de que los Estados miembros de la Unión están obligados a adoptar medidas disuasorias efectivas para evitar actividades ilegales contrarias a los intereses de la Unión, intereses que incluyen los impuestos provenientes del IVA. En consecuencia considera que debe examinar la cuestión desde la perspectiva del derecho europeo, en el caso el artículo 50 de la Carta de Derechos. Y procede inicialmente a determinar, como tema previo, si en el caso se trata de dos procedimientos de naturaleza penal. Resulta interesante

9. El artículo 50 de la Carta dispone que «*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*». En consecuencia, el principio *ne bis in idem* prohíbe la acumulación tanto de procesos como de sanciones de carácter penal en el sentido de dicho artículo por los mismos hechos contra la misma persona»

que, partiendo de una perspectiva del Derecho europeo, el Tribunal emplea al respecto los criterios *Engel* (TEDH 1976, 3) elaborados por el Tribunal de Estrasburgo, sin referirse expresamente a la doctrina de este Tribunal, y siguiendo exclusivamente doctrina propia. A este respecto, en cuanto al primer criterio, arriba mencionado, no considera decisiva la calificación nacional del primer procedimiento como administrativo; en cuanto al segundo criterio, estima que la sanción impuesta es de naturaleza intrínsecamente penal (así, afirma «que una sanción que tenga una finalidad represiva tiene carácter penal en el sentido del artículo 50 de la Carta, y que la mera circunstancia de que tenga también un propósito preventivo no puede privarla de su calificación de sanción penal» (FJ 31). En cuanto al tercer criterio, considera que la sanción impuesta tiene un alto grado de severidad, al versar sobre un treinta por ciento de la deuda tributaria.

En cuanto a la pregunta de si los dos procedimientos versan sobre los mismos hechos, el Tribunal sigue lo que hemos denominado la perspectiva «naturalista» basada en la identidad fáctica, y concluye que en efecto se produce una duplicidad de procedimientos sobre la misma conducta.

Establecidos pues los elementos del *bis in idem*, el Tribunal no sigue la línea discursiva del Tribunal de Estrasburgo en *A y B contra Noruega* (JUR 2016, 272540), sino que prefiere llevar a cabo un razonamiento basado en los criterios generales relativas a la existencia o no de una justificación de la injerencia en un derecho reconocido en la Carta. Tales criterios –que responden, por otra parte, a la reiterada jurisprudencia de Estrasburgo– consisten en verificar si la injerencia está prevista por la ley, si responde a un interés legítimo, y si se trata de una injerencia necesaria y por ende de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

El Tribunal de Justicia responde a la cuestión llevando a cabo una interpretación del artículo 50 de la Carta que le lleva a considerar considerando que efectivamente, la injerencia en el caso en el derecho derivado del artículo 50 a de la Carta al *ne bis in idem* cumple con las exigencias derivadas de tales principios; la imposición de una sanción penal constituye una injerencia expresamente prevista por la ley; responde a un interés protegido por la ley y relevante en materia económica, como es el representado por las percepciones por el IVA; la eventual sanción resulta proporcional a los intereses en juego. Se trata de una sanción previsible para el afectado, y para su imposición la ley prevé fórmulas para que no resulte desproporcionadamente severa.

Es este punto –cuando el Tribunal de Justicia ha llegado a una conclusión– en donde el Tribunal acude a la jurisprudencia de Estrasburgo para corroborar su interpretación del artículo 50 de la Carta. Previamente, el Tribunal

de Justicia se había cuidado de señalar los límites de la relevancia de la doctrina de Estrasburgo a la hora de aplicar el Derecho de la Unión; en sus propios términos, y remitiéndose a su Sentencia en el caso *Akerberg Fransson (TJCE 2013, 56)*, de 2013, había dicho que el Convenio Europeo de Derechos Humanos «no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión» (FJ 22). Por ello, como se señaló, el Tribunal de Justicia recalca que «por lo tanto, el examen de la cuestión prejudicial planteada debe basarse en los derechos fundamentales garantizados por la Carta y, en particular, en su artículo 50» (FJ 24). Ahora bien, también señala el Tribunal que el mismo artículo 52 en su apartado 3, pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH, «sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (FJ 23).

En consecuencia, el Tribunal de Justicia recurre al Convenio Europeo y a la doctrina de Estrasburgo en *A y B contra Noruega (JUR 2016, 272540)* (bajo el signo de la «coherencia necesaria») para apuntalar su nueva interpretación del artículo 50 de la Carta: por un lado, admite que en la medida en que la Carta reconoce derechos que corresponden a derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3, de la Carta establece que su sentido y su alcance son los mismos que confiere el citado Convenio debe tener en cuenta el artículo 4 del Protocolo; y, por otro, y en consecuencia, reconoce que «ha de tenerse en cuenta el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al CEDH para interpretar el artículo 50 de la Carta». Y es aquí donde tiene efectivamente en cuenta la doctrina de Estrasburgo:

«A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la acumulación de procedimientos y sanciones tributarios y penales que repriman la misma infracción de la ley tributaria no viola el principio *ne bis in idem* consagrado en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al CEDH cuando los procedimientos tributarios y penales de que se trate presenten un vínculo material y temporal suficientemente estrecho (...) (FJ 61)

De este modo, las exigencias a las que el artículo 50 de la Carta, en relación con el artículo 52, apartado 1, de esta, somete una eventual acumulación de procesos y sanciones penales y procedimientos y sanciones administrativos de carácter penal, (...), garantizan un nivel de protección del principio *ne bis in idem* que no menoscaba el garantizado por el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al CEDH, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (FJ 62)

Frente a la opinión del Abogado General, partidario del mantenimiento de la línea más estricta que considera mantenida por la jurisprudencia ante-

rior, el Tribunal de Justicia viene a adoptar, si bien no con idénticos razonamientos, la línea establecida por el Tribunal de Estrasburgo en *A y B contra Noruega* (*JUR* 2016, 272540), sentencia que cita expresamente. Este parece ser, por el momento, el último capítulo de la saga *ne bis in idem* en el ámbito europeo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA CARACUEL, M., en «El principio *ne bis in idem* y la concurrencia de sanciones penales y tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Albert Ruda González y Carmen Jerez Delgado (dirs.), *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Madrid, Editorial Sepin, 2018 213-228, especialmente p. 221.

GARCÍA CARACUEL, M., «El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TEDH y del TJUE» en M.^a Viviana Caruso Fontan y M.^a Reyes Pérez Alberdi (dirs.), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 475-492.

GARIN, A., «*Non bis in idem* et Convention Européenne des droits de l'homme. Du nébuleux au clair-obscur: état des lieux d'un principe ambivalent», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 106 (2016) pps. 395-432.

MAULET, L., «Le principe *ne bis in idem*, objet d'un "dialogue" contrasté entre la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour Européenne des droits de l'homme» en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 109 (2017) pp. 107-130.

PEREZ MANZANO, M., «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)» en Mercedes Pérez Manzano y Juan Antonio Lascurain Sánchez (dirs.) *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 149-200.