

LOS CLAROSCUIROS DEL *NON BIS IN IDEM* EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO

THE CHIAROSCUIROS OF *NON BIS IN IDEM* IN THE EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK

Tomás Cano Campos*

RESUMEN: El presente trabajo destaca la amenaza de duplicidad punitiva en el espacio jurídico europeo y las dificultades para encontrar un criterio claro y pacífico que sirva para determinar el alcance y contenido del principio *non bis in idem*. Tras poner de manifiesto su reconocimiento normativo y los diferentes estándares de protección en los textos europeos y en el Derecho interno español, se analiza críticamente la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, que se caracteriza no sólo por su casuismo y fragmentación, sino también por una errónea ampliación de la definición del elemento *idem* que está conduciendo a una peligrosa relativización del otro elemento de la prohibición: el *bis*. El estudio concluye con una sintética referencia al fundamento del *non bis in idem*, en el que subyacen algunos de los equívocos que han provocado esa situación.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Correo-e: tcano@der.ucm.es. ORCID ID: 0000-0003-2268-9681.

Texto ampliado de la ponencia defendida ante la Dirección General de Multilingüismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 20 de enero de 2022.

El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del Derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función» (PID2020-115714GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, así como dentro del Grupo de Investigación número 931089 de la Universidad Complutense de Madrid.

PALABRAS CLAVE: *non bis in idem*, *idem factum*, *idem crimen*, sanciones penales, sanciones administrativas, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

ABSTRACT: The following paper highlights the threat of punitive duplicity in the European legal framework and the difficulties in finding a clear and peaceful criterion that can be used to determine the scope and content of the *non bis in idem* principle. After highlighting its legal recognition and the different standards of protection in European Union legal texts and in Spanish domestic law, the jurisprudence of the ECHR and the CJEU is critically analyzed, which is characterized not only by its casuistry and fragmentation, but also by an erroneous extension of the definition of the *idem* component that is leading to a dangerous relativization of the other component of the prohibition: the *bis*. The analysis concludes with a brief reference to the foundation of *non bis in idem*, in which some of the misunderstandings that have caused this problem lie.

KEYWORDS: *non bis in idem*, *idem factum*, *idem crimen*, criminal fines, administrative fines, European Convention on Human Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.— 1. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO Y LOS DIFERENTES ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN: 1.1. El protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el concepto autónomo de sanción penal. 1.2. El *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea. 1.3. El *non bis in idem* en el ordenamiento jurídico español. 1.4. Los diferentes estándares de protección.— 2. EL PRESUPUESTO DE LA PROHIBICIÓN: LA INDEFINICIÓN DEL *IDEM*: 2.1. La identidad de sujeto, hecho y fundamento en nuestro Derecho interno. 2.2. Los vaivenes en la jurisprudencia de Estrasburgo. 2.3. El *idem crimen* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de competencia. 2.4. El *idem factum* en el espacio de libertad, seguridad y justicia. 2.5. La jurisprudencia *Menci* y la cláusula de limitación de derechos.— 3. LA AMPLIACIÓN DEL *IDEM* Y LA RELATIVIZACIÓN DEL *BIS*: 3.1. La errónea ampliación del *idem*. 3.2. Y la peligrosa relativización del *bis*. 3.3. Una lectura positiva para nuestro Derecho interno. 3.4. La necesidad de considerar los intereses jurídicos protegidos en el *idem* y el significado real de la triple identidad.— 4. EL FUNDAMENTO DEL *NON BIS IN IDEM*: 4.1. El principio de proporcionalidad: ¿fundamento o consecuencia de la prohibición?. 4.2. El principio de legalidad y la funcionalidad excluyente de las normas sancionadoras.— FUENTES CITADAS.

INTRODUCCIÓN

El recurso a las sanciones penales y administrativas en casi todos los sectores de intervención pública y su continuo crecimiento y expansión en un espacio jurídico cada vez más amplio como consecuencia de la integración europea y la globalización, han aumentado considerablemente las posibilidades de duplicidad punitiva. A ello ha contribuido, también, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en países como el nuestro.

La amenaza de doble enjuiciamiento y sanción por los mismos hechos presenta hoy tantas combinaciones y variantes (conurrencia de sanciones penales y/o administrativas de un mismo Estado, imposición de esas mismas sanciones por parte de varios Estados de la Unión, concurrencia de sanciones administrativas internas y sanciones impuestas por las instituciones de la Unión, concurrencia sanciones de países no pertenecientes a la Unión y de las instituciones sancionadoras de la Unión, etc.), que no resulta fácil encontrar un criterio claro y pacífico que sirva para decidir si se vulnera o no el principio *non bis in idem*¹. Al punto que cabe preguntarse si hay una sola prohibición o varias en función del ordenamiento jurídico de que se trate o de cada sector de intervención. A esta dificultad también ha contribuido, como se verá, la utilización de la regla *non bis in idem* para finalidades ajenas a su primigenia garantía *iusfundamental*².

Si el tema ya resulta confuso en el ámbito nacional con el entrecruzamiento de las sanciones penales y administrativas, en el marco del Derecho europeo, incluido el del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que es en el que se va a centrar este trabajo, el análisis se complica y la confusión se acrecienta aún más. Los textos europeos [art. 4 del Protocolo 7 al CEDH y art. 50 de la CDFUE] sólo prohíben el doble enjuiciamiento o la doble sanción penal, pero son cada vez más los procedimientos y las sanciones administrativas que se califican como penales en aplicación de los denominados «criterios *Engel*» elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y aplicados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por lo que también aumentan los procedimientos y sanciones que requieren la aplicación del *non bis in idem*.

¹ Sobre los numerosos supuestos de concurrencia punitiva que pueden darse, véase M. Pérez Manzano (2016: 153).

² En el presente trabajo utilizaré de forma indistinta los términos «principio» y «regla» referidos al *non bis in idem*, pues constituye un principio o una regla en función del concepto de principio que se adopte. El *non bis in idem* no es un principio jurídico en el sentido de Alexy como mandato de optimización (desde esta perspectiva parece claramente una regla), pero sí es un principio en varios de los sentidos con que los juristas utilizamos esta expresión, al punto que para muchos (y para los Tribunales) constituye, incluso, un principio general del Derecho punitivo que arranca con el movimiento ilustrado. Sobre si se trata de un principio o de una regla, véase, por ejemplo, A. Nieto García (2012: 438-439); L. Alarcón Sotomayor (2010: 419-423), con abundantes referencias; J. A. Lascuraín Sánchez (2021: 32-37). Sobre los principios jurídicos, sus diversos significados y sus diferencias con las reglas, entre otros muchos, G. R. Carrió (1990: 194 y ss.); R. Alexy (2012: 63 y ss.); M. Atienza y J. Ruiz Manero (2004: 24-34 y 191-192); M. Rebollo Puig (2010: 1521 y ss.). En cualquier caso, conviene hacer una precisión terminológica más: en el sentido del art. 52.5 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), y de la contraposición que hace nuestra propia Constitución en su Título I, el *non bis in idem* no constituye un «principio» (rector), que precisaría de desarrollo normativo ulterior para poder ser invocado ante los Tribunales, sino un «derecho» subjetivo (fundamental) que puede ser directamente invocado por sus titulares. Sobre la contraposición entre principios y derechos en la Carta, véase R. Alonso García (2014: 393-396); D. Sarmiento (2020: 196-198).

Por ello, resulta harto difícil tratar en unas pocas páginas un tema tan complejo y con tantas aristas como el del *non bis in idem*; un derecho fundamental cuya formulación difiere en los textos nacionales e internacionales que lo consagran, respecto del que la jurisprudencia presenta un casuismo extremo y ofrece giros inesperados, en el que cada nuevo caso pone a prueba los criterios generales que parecían asentados y, en fin, sobre el que tanto se ha escrito desde diversas especialidades jurídicas. Un derecho fundamental, también, en cuyo alcance y configuración el «diálogo entre Tribunales» está desempeñando un importante papel que se ha ido acrecentando con el paso de los años.

En el presente trabajo solo voy a abordar un reducido número de cuestiones para tratar de ofrecer algunas respuestas (mis respuestas) que puedan resultar de interés. En particular, me voy a ocupar de las cuestiones siguientes: el reconocimiento normativo y el diferente estándar de protección del *non bis in idem* en los textos europeos y en el Derecho interno español (apartado 1); el significado del elemento *idem* o presupuesto de la prohibición: es decir, qué es realmente lo que no se puede volver a enjuiciar o sancionar (apartado 2); la progresiva ampliación del *idem* y la correlativa relativización del *bis* en la jurisprudencia europea (apartado 3); y, por último, ya muy sintéticamente, el problema del fundamento de la prohibición, en el que creo que subyacen algunos equívocos (apartado 4).

Pero, antes de comenzar a desarrollar tales cuestiones, quiero hacer dos precisiones de orden metodológico: primera, que analizaré el tema desde un considerable nivel de abstracción, sin entrar en consideraciones concretas y puntuales; y, segunda, que lo haré con la mirada, o quizá con el sesgo, del Derecho interno y, en concreto, del Derecho administrativo español.

1. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO Y LOS DIFERENTES ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN

1.1. El protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el concepto autónomo de enjuiciamiento y sanción penal

El Protocolo número 7 al CEDH, que todavía no ha sido ratificado por algunos países (Alemania, Bélgica, Países Bajos y Reino Unido) y otros han formulado reservas que limitan su aplicación a las sanciones calificadas como penales por su propia legislación (Austria, Francia, Italia y Portugal), reconoce en su art. 4 la regla del *non bis in idem*³. Lo hace en estos términos:

³ El protocolo fue aprobado el 1 de noviembre de 1984 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1988. España lo ratificó el 28 de agosto de 2009 con efectos de 1 de diciembre de ese mismo año. En la sentencia de 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens y otros c. Italia*, el TEDH considera que la reserva de Italia no es válida, ya que contiene

«Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los Tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado penalmente mediante sentencia firme conforme a la Ley y el procedimiento penal de ese Estado»⁴.

El referido precepto ofrece, como se sabe, una protección internacional del *non bis in idem*, pero de alcance nacional, pues solo resulta aplicable en los procedimientos seguidos ante los tribunales y las autoridades del mismo Estado. Es decir, no es una norma que vincule a unos Estados europeos respecto de otros, sino que refuerza la prohibición en el interior de cada Estado parte, tal y como ha señalado el propio TEDH, entre otras, en las sentencias de 22 de mayo de 2007 (asunto *Böheim c. Italia*, sobre dos condenas impuestas en Italia y Alemania) y de 5 de septiembre de 2014 (asunto *Trabelsi c. Bélgica*, donde reitera que el referido precepto no se aplica a los procesos y condenas de diferentes Estados).

El *non bis in idem* solo se aplica en caso de dualidad de procesos, por lo que no evita la doble sanción en el seno de un mismo procedimiento. Pero, la prohibición no solo opera en los casos de doble condena, sino también de doble enjuiciamiento, de modo que se aplica cuando ha recaído una resolución firme en el primer procedimiento y se enjuician de nuevo esos hechos en otro posterior. Se prohíbe perseguir, juzgar o condenar por los mismos hechos, por lo que el contenido del fallo es irrelevante; es la existencia de un segundo procedimiento sancionador; una vez recaída una decisión firme en el primero, la que determina, sin más, la aplicación de la prohibición⁵.

Sin embargo, el derecho no se vulnera cuando se llevan a cabo actuaciones posteriores al primer proceso que suponen su reapertura como consecuencia de la aparición de nuevos hechos o su revelación posterior o debido a la apreciación de vicios fundamentales en el procedimiento, ya que el apartado segundo del art. 4 establece que:

«Las disposiciones del párrafo anterior no impiden la reapertura del proceso conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hay hechos nuevos o revelados ulteriormente o un vicio esencial en el procedimiento precedente de tal naturaleza que pudiera afectar a la sentencia dictada»⁶.

una breve exposición de la ley o leyes nacionales pretendidamente incompatibles con el art. 4 del Protocolo.

⁴ En el plano internacional, el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ratificado por España el 30 de abril de 1977, dispone que: «Nadie puede ser juzgado ni sancionado de nuevo por un delito por el cual ya ha sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». Por su parte, el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone que: «El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos».

⁵ M. Pérez Manzano (2016: 169); L. López Guerra (2019: 12); J. Barcelona Llop (2020: 219-220); S. Martínez Cantón y R. Pérez Cerdón (2020: 80-81).

⁶ El apartado tercero añade que: «No se autorizará derogación alguna al presente artículo en virtud del art. 15 del Convenio», que se refiere a la derogación de las obli-

El art. 4 del Protocolo 7 alude inequívocamente al ámbito penal, pero el TEDH, en sus sentencias de 18 de octubre de 2011 (asunto *Tomasovic c. Croacia*) y de 15 de noviembre de 2016 (asunto *A y B contra Noruega*), ha afirmado que dicho precepto debe interpretarse a la luz de los criterios utilizados para determinar el significado de los términos «acusación en materia penal y pena» que figuran en los arts. 6 y 7 del CEDH y, por tanto, de conformidad con los denominados «criterios *Engel*», que implican una visión autónoma (y extensiva) de lo que se entiende por asunto o materia penal. De este modo, procedimientos y castigos que según el Derecho interno son administrativos se consideran, sin embargo, de naturaleza penal a efectos de la aplicación del *non bis in idem*, lo que también ha ocurrido recientemente, por cierto, en relación con otra garantía reconocida en el art. 2 del Protocolo 7: el derecho a un doble grado de jurisdicción en el control de las sanciones (sentencia de 30 de junio de 2020, asunto *Saqueti Iglesias c. España*)⁷.

La fuerza expansiva de tales criterios (que el TEDH justifica para alcanzar «una interpretación consistente del Convenio en su conjunto» y que suponen la inclusión de asuntos que, de otro modo, estarían al margen de su jurisdicción) es tal que, como veremos, también han sido asumidos por el TJUE a los efectos de determinar lo que constituye una «infracción penal» en el sentido del art. 50 de la Carta. Por ello, conviene recordarlos sintéticamente.

En su sentencia de 8 de junio de 1976 (asunto *Engel y otros c. Países Bajos*), el TEDH señaló que no puede ignorarse, sin más, la «naturaleza penal» de una sanción calificada como administrativa por un Estado parte, pues, en otro caso, cualquier Estado podría eludir las garantías del art. 6 del Convenio despenalizando determinadas conductas y tipificándolas como infracciones administrativas, aunque se castiguen con sanciones graves. Para evitar esto (que en ese momento era una práctica que habían iniciado algunos Estados), el Tribunal estableció una serie de criterios (cuya concurrencia no es acumulativa) para determinar si una sanción tiene o no naturaleza penal a los efectos de ese precepto. En primer lugar, hay que estar a la calificación de la sanción por el ordenamiento interno, cuyo valor es relativo: si la sanción se califica internamente como penal, el Tribunal acepta sin más esa calificación y así la considera a los efectos del art. 6 del Convenio; pero, si el Derecho interno la califica como administrativa, el Tribunal no está vinculado por esa calificación. Por ello, en segundo lugar, se atiende a la naturaleza de la infracción, de modo que, aunque ésta se haya calificado de administrativa, el Tribunal puede concluir que es penal en atención a si la norma punitiva

gaciones previstas en el Convenio por parte de las altas partes contratantes en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación.

⁷ Sobre ello, S. Soldevilla Frago (2020); E. Cobreros Mendazona (2020: 17-48); B. Lozano Cutanda (2020: 181-207); y O. Bouazza Ariño (2021: 309-333). Véase también mi trabajo «Casación, doble instancia y doble grado de jurisdicción en el control de las sanciones», en *El Cronista del Estado Español y Democrático de Derecho*, núm. 98, 2022.

es aplicable al conjunto de los ciudadanos o a un grupo específico con un estatus singular, a si protege intereses o valores que normalmente protege el Derecho penal y, en fin, a si tiene una finalidad disuasoria y represiva. En tercer lugar, se tiene en cuenta también la gravedad de la sanción: si, a pesar de su calificación por el Derecho interno como administrativa, el castigo implica privación de libertad se considera de naturaleza penal; si es de carácter económico también puede considerarse penal en función de su entidad. El segundo y el tercer criterio son alternativos, pero procede examinarlos de forma acumulativa cuando con uno de ellos no es posible llegar a «una conclusión clara respecto a la existencia de una acusación en materia penal»⁸.

1.2. El *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea

El art. 50 de la CDFUE, a diferencia del art. 4 del Protocolo 7, tiene un alcance transnacional, pues no solo prohíbe el doble enjuiciamiento y la doble sanción dentro del mismo Estado, sino también en el seno de la Unión (tanto en las relaciones verticales como horizontales), siempre que, en todos los casos, se aplique su Derecho⁹. Bajo el rótulo «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», aquel precepto dispone lo siguiente:

«Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

La Carta, que es fuente primaria del Derecho de la Unión (art. 6 Tratado de la Unión Europea), considera a todos los Estados de la Unión como un único espacio a efectos de la regla del *non bis in idem*, pero «únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión», según dispone su art. 51.2¹⁰. Como dice el Abogado General Michal Bobek, en sus magníficas conclusiones al

⁸ Una síntesis reciente de tales criterios, con la jurisprudencia más relevante sobre ellos, en J. Barcelona Llop (2020: 207-209); A. Bueno Armijo (2021: 282 y ss.) y O. Bouazza Ariño (2021: 315 y ss.). También aparece un análisis de ellos en las recientes e importantes sentencias del TS 1375/2021 y 1376/2021, de 25 de noviembre, y 1531/2021, de 20 de diciembre, todas ellas del Pleno, sobre la incidencia de la STEDH de 30 de junio de 2020 (asunto *Saquetti Iglesias c. España*), relativa a la exigencia de una doble instancia de revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas graves, cuando corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de tales sanciones en única instancia (FFDD 3.2).

⁹ Sobre la potestad sancionadora de la Unión Europea, véase, por ejemplo, A. Nieto Martín (2001:259-277), X. Arzo Santisteban (2010: 1224 y ss.) y, más recientemente, J. A. Fuentetaja Pastor (2021: 227 y ss.).

¹⁰ Sobre la ubicación de la Carta en el sistema de fuentes de la Unión, R. Alonso García (2014: 381 y ss.). Sobre su ámbito de aplicación, entre los trabajos más recientes, véase también la esclarecedora síntesis de R. Alonso García (2020: 13-20).

asunto *bpost* (C-117/20), presentadas el 2 de septiembre de 2021, el art. 50 de la CDFUE «encierra la noble idea de un espacio jurídico único. En ese espacio, nadie podrá ser acusado o condenado penalmente de nuevo por la misma infracción».

También resultan de interés, pues coexisten con la Carta, los arts. 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)¹¹. El art. 54 establece la regla general en estos términos:

«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»¹².

El art. 55 permite que los Estados formulen excepciones o reservas a la aplicación del principio en función de que los hechos hayan ocurrido en su territorio, hayan sido cometidos por sus funcionarios o afecten a intereses considerados esenciales por el Estado; el art. 56 se ocupa del principio de compensación o la denominada «técnica del descuento» o «toma en consideración», que permite la doble persecución de ilícitos y la doble sanción por diferentes Estados parte del CAAS si en la segunda se descuenta o toma en consideración la primera; el art. 57, por su parte, se refiere a la petición y remisión de información por parte de los Estados en caso de doble enjuiciamiento sobre los mismos hechos; mientras que el art. 58 autoriza expresa-

¹¹ El Acuerdo de Schengen fue firmado en la ciudad luxemburguesa de ese nombre, el 14 de junio de 1985, entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, con la finalidad de suprimir gradualmente los controles en las fronteras comunes. El Convenio de Aplicación del Acuerdo, firmado el 19 de junio de 1990, introdujo las referidas disposiciones relativas al *non bis in idem*, que reproducen el Convenio relativo a dicho principio firmado el 25 de mayo de 1987 entre los Estados miembros de la Comunidad Europea (y que no entró en vigor por la falta de adhesión al mismo). Desde 1999, el denominado «acervo Schengen» (formado por el Acuerdo, el Convenio de Aplicación y los protocolos e instrumentos de adhesión de otros Estados) está integrado en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea en virtud de un protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam. El Protocolo 19 a los nuevos Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea prevé la conservación del «acervo Schengen» tal y como se ha desarrollado desde el Tratado de Ámsterdam. También son miembros del espacio Schengen, aunque no forman parte de la Unión, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein.

¹² El art. 54 CAAS es la primera disposición del Derecho de la Unión que positiviza el *non bis in idem*. En opinión de J. A.E Vervaele (2014:12) constituye el primer convenio multilateral que establece dicho principio como un derecho individual *erga omnes*. Con posterioridad, el *non bis in idem* se reconoció expresamente en la Decisión Marco 2002/584/JAI, sobre la orden de detención europea, como uno de sus motivos de denegación; orden que, como es sabido, sustituyó el sistema tradicional de extradición multilateral entre los Estados miembros. En ambos textos se reconoce también su alcance transnacional.

mente a cada Estado a que se atenga a sus propias disposiciones extensivas sobre el *non bis in idem* al aplicarlo respecto de resoluciones extranjeras.

El TJUE, en un claro ejemplo de «diálogo entre Tribunales», también ha aplicado los denominados «criterios *Engel*» a la interpretación del art. 50 CDFUE, por lo que la garantía de la prohibición que consagra no solo se aplica a los procesos penales y a las penas, sino también a los procedimientos administrativos y a las sanciones impuestas por la Administración que, en virtud de tales criterios, deban calificarse como penales¹³. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el art. 52.3 de la propia Carta dispone que:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»¹⁴.

Como puede verse, la propia Carta atribuye al Convenio el estatus de «estándar mínimo de protección» para el Derecho de la Unión¹⁵. Ahora bien, la no ratificación del CEDH por parte de algunos Estados y las reservas formuladas por otros plantea un importante problema desde el punto de vista de ese mandato de interpretación de la Carta a la luz de Convenio, tal y como advirtió el Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones al asunto *Akerberg Fransson* (C-617/10), mandato que, en su opinión, se vuelve asimétrico y debe ser matizado, ya que «el CEDH no garantiza efectivamente el *non bis in idem* del mismo modo que otros contenidos nucleares» del Convenio, es decir, es un derecho fundamental que «no ha sido interiorizado por todos los Estados miembros», por lo que la obligación de equiparar el nivel de protección de la Carta con el del CEDH, «carece de la misma efectividad» y posibilita una «interpretación parcialmente autónoma» del *non bis in idem* reconocido en el art. 50 CDFUE (apartados 6 y 80-87). Es decir, que esas reservas y la falta de ratificación deberían jugar a la baja en el nivel de protección. Sin embargo, como señaló posteriormente el Abogado General Campos Sánchez-Bardona en sus conclusiones al asunto *Menci* (C-524/15), el TEDH ha neutralizado parte de tales reservas, mientras que el TJUE no ha las ha considerado relevantes a los efectos del art. 52.3 CDFUE (apartado 57). Además, añade, la nota explicativa al art. 52.3 señala que la referencia al CEDH se refiere tanto

¹³ Véase, la sentencia (Gran Sala) de 5 de junio de 2012, asunto *Bonda* (C-489/10), en la que concluye que la exclusión de una ayuda en caso de inexactitud de la superficie agrícola declarada no tiene naturaleza penal, así como la sentencia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg Fransson* (C-617/10), donde se remite al órgano nacional para que, a la luz de tales criterios, considere si una sanción tributaria tiene naturaleza penal o no.

¹⁴ Por su parte, el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea dispone que los derechos garantizados en el CEDH «formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

¹⁵ D. Sarmiento (2020: 211). Sobre el tema, véase también R. Alonso García (2014: 453-460).

al Convenio como a sus Protocolos, y no hace ninguna distinción en función de que éstos últimos obliguen o no a todos los Estados miembros de la Unión. La diferenciación, por lo demás, podría provocar una interpretación y aplicación de la Carta no uniforme en función de que el Estado se encuentre o no obligado por el Protocolo (apartado 59)¹⁶.

1.3. El *non bis in idem* en el ordenamiento jurídico español

La Constitución Española (CE), a diferencia de los textos normativos referidos, no consagra expresamente la prohibición de *bis in idem*, pero el Tribunal Constitucional (TC), ya en la segunda sentencia que dictó, lo vinculó expresamente al derecho fundamental a la legalidad sancionadora que reconoce el art. 25.1 del texto constitucional, «ya que va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos» en dicho precepto¹⁷.

El TC ha precisado, también, que la regla no sólo incluye la proscripción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales con respecto a unos mismos hechos, sino que, «en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio *non bis in idem* opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente»¹⁸. El Tribunal también ha señalado que no solo incluye la incompatibilidad de sanciones por un mismo hecho en procedimientos diferentes, sino que el «*non bis in idem* también es aplicable dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una

¹⁶ En cualquier caso, como bien apunta R. Alonso García (2014: 455), el TJUE no solo debe tener en cuenta el apartado 3 del art. 52, sino también su apartado 4 que prevé lo siguiente: «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». A lo que añade que, esta «interpretación armoniosa» no exige, tal y como advierten las explicaciones al art. 52 (que según el art. 52.7 de la Carta deben ser tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros) «seguir un planteamiento de “mínimo denominador común”». Véase también, en el mismo sentido, D. Sarmiento (2020: 194): las tradiciones constitucionales no imponen al Tribunal una protección basada en un mínimo común denominador, sino que actúan como «una referencia útil», una suerte de «oferta a la carta» de donde el Tribunal extrae las consecuencias necesarias para adoptar su propio criterio, de modo que «es frecuente que una sentencia otorgue mayor relevancia a la protección dispensada a un derecho en unos Estados miembros, pero no a la ofrecida en otros».

¹⁷ STC 2/1981, FJ 4.

¹⁸ STC 77/2010 [FJ 4.c)].

pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos»¹⁹.

Con carácter general, el art. 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, positiviza el *non bis in idem* en estos términos:

«No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento»²⁰.

Pero, este precepto, al igual que las numerosas leyes sectoriales que lo recogen, consagra la denominada vertiente material de la regla (la prohibición de doble sanción), pero nada dice de la prohibición de doble enjuiciamiento o vertiente procedimental del *non bis in idem* que, como se verá más abajo, no goza de un reconocimiento general en nuestro ordenamiento.

En este sentido, conviene precisar que, a pesar de lo que a veces ha señalado el TC y parte de la doctrina, la prevalencia de la vía penal sobre la administrativa y la obligación de no iniciar o suspender el procedimiento administrativo cuando los hechos puedan ser constitutivos de delito, que consagran numerosas leyes en nuestro ordenamiento, pueden tener justificación, pero, en rigor, no forman parte del contenido del derecho a no ser sancionado o enjuiciado dos veces por lo mismo, sino que tratan de asegurarlo. Pero, igualmente lo aseguraría la regla opuesta de la prevalencia de la norma administrativa o reglas diferentes como la de la preferencia de la norma punitiva especial, que no siempre tiene por qué ser la penal²¹.

¹⁹ STC 154/1990 (FJ 3).

²⁰ El apartado 2 añade que: «Cuando un órgano de la Unión hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, debiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción». Pero esta previsión, en rigor, es ajena al *non bis in idem*. Véase T. Cano Campos (2018: 143-144).

²¹ En realidad, tanto la prevalencia de la vía penal, como la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados por el orden jurisdiccional penal, tratan de garantizar exigencias que exceden de la prohibición de *bis in idem*: evitar pronunciamientos contradictorios por parte de distintos órganos del Estado. Su ámbito de aplicación coincide solo parcialmente con el *non bis in idem*, pues la obligación de respetar los hechos probados en el proceso penal no solo rige cuando estamos en presencia de un concurso de normas, sino también en presencia de un concurso ideal de infracciones (con el que nada tiene que ver el *non bis in idem*), mientras que la obligación de no iniciar o paralizar el procedimiento administrativo cuando los hechos pueden ser constitutivos de delito no solo trata de evitar la doble sanción y el doble enjuiciamiento por lo mismo, sino también esa vinculación de la Administración a los hechos declarados probados en una sentencia penal. Véase, T. Cano Campos (2001:199) y (2014:160); M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (2005: 647, por nota); L. Alarcón Sotomayor (2008: 99 y ss.).

1.4. Los diferentes estándares de protección

Suele considerarse que los textos europeos referidos ofrecen un nivel de protección más elevado que nuestro Derecho interno, pero esto conviene matizarlo porque no es exactamente así: el estándar europeo es más garantista en algunos aspectos, pero resulta menos protector en otros.

En el Derecho europeo hay una clara prioridad del *non bis in idem* procedimental sobre el material, que suele considerarse una simple proyección de aquel. Esto puede parecer lógico porque, como sin procedimiento no hay (o no debe haber) sanción, si se evita la duplicidad de enjuiciamiento también se impide la doble sanción. Pero esta no se evita en todos los casos, pues se puede sancionar dos veces lo mismo en un único procedimiento o proceso. Y esto, los textos europeos no lo prohíben. Además, al exigirse una resolución anterior firme, solo se prohíben los procedimientos sucesivos, pero no los paralelos, al menos hasta que uno de ellos concluya con resolución firme²². Por otra parte, las normas europeas solo se refieren a los procesos y a las sanciones penales, y, aunque la utilización de los «criterios *Engel*» ha supuesto la aplicación de la garantía del *non bis in idem* a numerosos procedimientos y sanciones administrativas, no puede afirmarse que su utilización abarque a todos los procedimientos que tramita y a todas y cada una de las sanciones que impone la Administración.

Sin embargo, en nuestro Derecho interno, simplificando mucho, se pone el acento en el *non bis in idem* material (que se aplica a todas las sanciones, penales o administrativas, cualquiera que sea su gravedad), pues también se prohíbe la doble sanción en el seno del mismo procedimiento o proceso, de modo que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento, ni de forma sucesiva ni tampoco de forma simultánea (por ejemplo, en un proceso penal y en un procedimiento administrativo o en dos procedimientos de este tipo que se tramiten a la par)²³. Como lo que prohíbe la perspectiva material es «la reiteración sancionadora» y no la «mera declaración de imposición de la sanción», finalmente se ha admitido la técnica del descuento o compensación, de modo que, tras la imposición de una sanción administrativa, se puedan sancionar los hechos en vía penal si al imponer la pena se descuenta la sanción y se evitan todos

²² El alcance del principio es más limitado en el art. 54 CAAS que en el art. 50 CDFUE o en el art. 4 del Protocolo 7, pues subordina su aplicación a los supuestos en que la condena impuesta en primer lugar se haya cumplido material o jurídicamente (una persona no puede ser perseguida cuando «en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se está ejecutando o no pueda ya ejecutarse...»). Con ello se pretende evitar la impunidad, esto es, garantizar que la persona afectada sea efectivamente castigada al menos una vez. Véase, por ejemplo, la opinión de Abogado General Nilo Jääskinen presentada el 2 de mayo de 2014 en el asunto *Zoran Spasic* (C-129/14), apartado 48, así como J. A.E. Vervaele (2014: 15). No obstante, se muestra crítico con tales condiciones, tal y como están formuladas, A. de la Oliva Santos (2008: 175-176).

²³ STC 154/1990 (FJ 13), entre otras.

los efectos negativos anudados a las resoluciones administrativas, pues, en tales casos, «materialmente solo se ha impuesto una sanción», por lo que no hay «ni superposición ni adicción efectiva de una nueva sanción»²⁴.

La prohibición de doble enjuiciamiento, por el contrario, está más devaluada, pues solo se aplica sin fisuras en el ámbito penal, donde la litispendencia y el efecto negativo de la cosa juzgada impiden la tramitación paralela o sucesiva de dos procesos penales con el mismo objeto, mientras que si estamos ante uno penal y otro administrativo, o dos administrativos, solo se prohíbe la duplicidad cuando el administrativo es comparable por su complejidad y gravedad al penal: el derecho a no ser sometido a un doble enjuiciamiento, tiene dicho el TC, «no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan solo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— puedan equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción similar al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometida a un proceso penal»²⁵. Lo cual, como es fácil advertir, supone reducir casi a la nada la prohibición de doble enjuiciamiento en el ámbito administrativo.

El diferente estándar de protección también está condicionado por la diversa forma de determinar los criterios de aplicación de la regla, en particular, por la forma de definir qué es realmente lo que está prohibido enjuiciar o sancionar dos veces: es decir, el *idem*. Aquí, como ya he advertido, unos textos hablan de los mismos «hechos», mientras que otros se refieren a la misma «infracción». Y el problema, entonces, está en determinar cuándo dos enjuiciamientos o pronunciamientos se refieren a los mismos hechos o a la misma infracción.

Pero el problema, más que en los propios textos, está en la vacilante y errática interpretación que de ellos están haciendo los Tribunales, cuya jurisprudencia, especialmente la europea, está marcada en este punto, como ha señalado el Abogado General Bobek, por la incoherencia y la fragmentación²⁶. Y en mi opinión, también, por una errónea ampliación en la definición del *idem*

²⁴ STC 2/2003 (FJ 6). En esta sentencia (del Pleno), el TC cambia expresamente de criterio y corrige la doctrina que había mantenido en la sentencia 177/1999 (Sala Primera), en la que señaló que la duplicidad de sanciones administrativas y penales concurriendo la triple identidad vulnera el *non bis in idem*, aunque la sanción administrativa se descuenta luego de la sanción penal para evitar la desproporción. Esta sentencia contenía un importante voto particular cuya tesis es la que finalmente acoge el Pleno en la sentencia 2/2003, la cual, a su vez, también presenta un voto particular del magistrado García Manzano, que fue el ponente de la 177/1999.

²⁵ SSTC 2/2003 (FJ 8), 334/2005 (FJ 2) y 48/2007 [FJ 3.b)].

²⁶ Conclusiones al asunto *bpost* (C-117/20), presentadas el 2 de septiembre de 2021, donde, además, señala que la jurisprudencia del TJUE constituye un «mosaico de regímenes paralelos» (apartado 85).

que está conduciendo a una peligrosa relativización del otro elemento de la prohibición, el *bis*. Aunque, curiosamente, la última jurisprudencia europea, en sus resultados prácticos, ha dado lugar a una clara convergencia con nuestra jurisprudencia constitucional²⁷. Es el tema central del presente trabajo, del que paso a ocuparme a continuación.

2. EL PRESUPUESTO DE LA PROHIBICIÓN: LA INDEFINICIÓN DEL *IDEM*

A la hora de determinar el alcance del *non bis in idem* conviven varios enfoques respecto de la definición del elemento *idem* de la prohibición, que, simplificando mucho y a efectos de facilitar la exposición, voy a reducir provisionalmente a dos: uno fáctico o naturalista (*idem factum*), que considera que el *idem* se cumple cuando los dos procedimientos o las dos sanciones se refieren únicamente a los «mismos hechos» realizados por el mismo sujeto; y otro normativo basado en el *idem crimen* que, para que resulte aplicable la prohibición, exige, además, la identidad de las infracciones o del bien jurídico protegido²⁸.

Lógicamente, la primera forma de determinar el *idem* ofrece mayor tutela o protección (al infractor, no a los intereses generales), pues al exigir menos requisitos (solo identidad de sujeto y de hechos) es mayor el número de supuestos de concurrencia punitiva que encajan en el presupuesto de la prohibición y, en consecuencia, se ven amparados por el derecho. El segundo enfoque, sin embargo, al exigir la triple identidad, permite una mayor concurrencia de procedimientos y sanciones sin vulnerar el derecho fundamental.

2.1. La identidad de sujeto, hecho y fundamento en nuestro Derecho interno

En nuestro Derecho interno, como se ha visto, el *non bis in idem* prohíbe la duplicidad de sanciones (y en algunos casos de enjuiciamiento) en los supuestos en los que concurra la identidad de sujetos, hechos y fundamento.

Esta triple identidad, tiene señalado el TC, «constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea este sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que estos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si es-

²⁷ En el mismo sentido, M. Pérez Manzano (2018: 410 y ss.). De otra opinión, A. Bueno Armijo (2021: 272).

²⁸ En rigor, como se verá más adelante, pueden adoptarse tres enfoques (y quizá incluso más): atender a los hechos sin más, centrarse en su calificación jurídica o poner el acento en los bienes jurídicos tutelados por la norma sancionadora.

tos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble enjuiciamiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento»²⁹.

Aunque la identidad del sujeto plantea más problemas de los que, a primera vista, cabe suponer (sobre todo cuando se trata de castigar por lo mismo a personas físicas y a personas jurídicas), a los efectos de este trabajo, lo relevante es la identidad de hechos y de fundamento³⁰. En nuestro Derecho interno se exige el *idem crimen* porque lo que se prohíbe es que un sujeto pueda ser sancionado (o enjuiciado) dos veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento.

Para determinar si hay uno o más hechos, como veremos más abajo (apartado 3.1), tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador se rechaza la posibilidad de atender exclusivamente a datos fácticos o naturalísticos y se atiende a criterios jurídicos o normativos según se desprende del sentido de los tipos penales o infractores correspondientes.

La identidad de fundamento, por su parte, alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones. Por bien jurídico ha de entenderse, bajo una u otra denominación, el interés jurídico protegido por la norma sancionadora vulnerada³¹. Esto es, la integridad física, la salud, la seguridad ciudadana, la protección de los consumidores, la defensa de la competencia, el medio ambiente, el patrimonio histórico, la integridad y adecuada utilización de los bienes públicos, el correcto funcionamiento de la Administración, etcétera.

Por consiguiente, el presupuesto del que parte la regla en nuestro Derecho interno no es el nudo hecho (*idem factum*), sino el hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. En realidad, lo que se quiere decir es que no cabe imponer dos sanciones (o realizar dos enjuiciamientos) por una sola vulneración del ordenamiento jurídico. Alguna norma lo formula bien y excluye correctamente del *non bis in idem* el concurso de infracciones, pues la regla parte, en realidad, del concurso de normas y prohíbe su aplicación conjunta cuando reprimen o castigan la misma vulneración del ordenamiento jurídico³².

²⁹ STC 77/2010 [FJ 4.a)], con cita de otras anteriores.

³⁰ Sobre los problemas que plantea la identidad de sujetos, M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (2005: 628-629); L. Alarcón Sotomayor (2008: 42-43); A. de la Oliva Santos (2008: 181, por nota, 183); M. Rebollo Puig (2017: 1059-1060); J. Guillén Caramés (2021: 745 y ss.), entre otros.

³¹ SSTC 159/1985 (FJ 3), 154/1990 (FJ 3); 234/1991 (FJ 2), 270/1994 (FJ 8), 77/2010 (FJ 6) o, entre las más recientes, 86/2017 [FJ 5.d)].

³² Por ejemplo, el art. 110.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios dispone que «en ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos

2.2. Los vaivenes en la jurisprudencia de Estrasburgo

La jurisprudencia del TEDH ha adoptado, prácticamente, todos los enfoques posibles a la hora de precisar el *idem* de la prohibición³³. El art. 4 del protocolo 7 habla, como se vio, de la misma «infracción», pero, a la hora de concretar dicha expresión, el TEDH, en un primer momento, combinó un enfoque fáctico (sentencias de 23 de octubre de 1995, *Gradinger c. Austria*; y de 29 de mayo de 2001, *Franz Fischer c. Austria*,) con otro normativo (sentencia de 30 de julio de 1998, *Oliveira c. Suiza*).

En el asunto *Gradinger c. Austria*, el recurrente, una persona que conducía bajo los efectos del alcohol y causó la muerte a otra, fue condenado por un delito de homicidio imprudente y, posteriormente, sancionado administrativamente por conducir con una tasa de alcohol en la sangre superior a 0,8 gr/litro, circunstancia que en el proceso penal no se tuvo en cuenta como agravante. El TEDH consideró que, aunque las disposiciones aplicadas en ambos procedimientos eran diferentes, lo relevante era que ambos pronunciamientos (el primero absolutorio respecto de esa circunstancia, el segundo condenatorio) tenían como base la misma conducta fáctica, por lo que se había vulnerado el *non bis in idem* (aunque quizá la razón última de la decisión es que la sanción penal absorbía ya el desvalor de la infracción administrativa). Sin embargo, en el asunto *Oliveira c. Suiza*, en el que también se trataba de un accidente de tráfico en el que la conductora fue sancionada, primero en vía administrativa por falta del control de su vehículo y, después, en vía penal por lesiones imprudentes, el Tribunal consideró que concurría un concurso ideal de infracciones (un mismo hecho podía dar lugar a dos infracciones distintas: falta del control del vehículo y lesiones imprudentes) y que, por ello, no se vulneraba el art. 4 del Protocolo 7, el cual no impide que infracciones distintas sean contempladas por autoridades diferentes (aquí, donde la presencia del concurso es discutible, quizá lo determinante fue el hecho de que primero se sancionó en vía administrativa y la sanción impuesta no abarcaba todo el desvalor del hecho)³⁴. Pero, más tarde, en el asunto *Franz Fischer c. Austria*,

protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes». A veces habrá que estar atentos a la hora de determinar la identidad de fundamento pues hay infracciones idénticas tipificadas en distintas normas e infracciones que deberían ubicarse en una norma diferente: por ejemplo, en la normativa de tráfico hay infracciones que protegen los mismos bienes que las leyes de medio ambientales [por ejemplo, arrojar a la vía o a sus inmediaciones objetos que puedan producir incendios; art. 76.n) del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre] y en la legislación de carreteras hay normas, como la prohibición de realizar publicidad fuera de los tramos urbanos que sea visible desde la calzada (art. 37 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre), que realmente protegen la seguridad vial y deberían estar en la legislación de tráfico.

³³ Un análisis de la jurisprudencia más relevante en M. Pérez Manzano (2016: 170-175) y (2018: 383-420); L. López Guerra (2020: 385-406); M. Gómez Tomillo (2020: 421-456).

³⁴ Lo mismo ocurre en *Ponsetti y Chesnel c. Francia* (1999), asunto en el que los recurrentes, que no habían realizado las pertinentes declaraciones fiscales, fueron

aunque se trata de un caso similar (primero se sanciona administrativamente al conductor por conducir bajo los efectos del alcohol y después en vía penal por el homicidio imprudente de un ciclista) el Tribunal considera que se trata de los mismos hechos y, aunque el art. 4 del Protocolo 7 no prohíbe que de los mismos hechos se deriven varias infracciones, considera que ambos ilícitos (administrativo y penal) no diferían en sus «elementos esenciales» (a cuya concurrencia se supedita en este caso la identidad de la infracción), por lo que considera vulnerado el *non bis in idem*³⁵.

Ante la incertidumbre generada por esta pluralidad de criterios, el Tribunal de Estrasburgo, influido claramente en este punto por la jurisprudencia del TJUE sobre el *non bis in idem* en el CAAS, que analizaremos más abajo, decidió unificar su doctrina en la sentencia (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009 (asunto *Zolotoukhine c. Rusia*), en la que se analiza el caso de un militar que había sido sancionado administrativamente con tres días de arresto por desórdenes durante su detención en una comisaria y, posteriormente, procesado y absuelto en vía penal por amenazas e insultos también durante la detención. En esta sentencia, el Tribunal abandona el criterio del *idem crimen*, que había aplicado en algunos pronunciamientos anteriores, porque considera que es demasiado restrictivo para los derechos de las personas y entiende que lo relevante es que los hechos sean «idénticos» o «esencialmente los mismos», lo que tiene lugar, afirma, cuando concurre «un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor y están unidas indisolublemente en el tiempo y en el espacio»³⁶.

Pero, años más tarde, en el asunto *A y B contra Noruega* (sentencia de 15 de noviembre de 2016), el TEDH (Gran Sala) matiza dicho enfoque y, en cierto modo, altera por completo el alcance que hasta ahora le había dado al *non bis in idem*³⁷. En esta sentencia, el Tribunal mantiene el criterio de *idem*

sancionados primero en vía administrativa con un recargo tributario y posteriormente en el ámbito penal por fraude fiscal.

³⁵ En la jurisprudencia posterior, el Tribunal precisa que, para determinar si hay una o varias infracciones, hay que estar a elementos tales como la distinta finalidad perseguida o los diferentes valores sociales protegidos por las normas que tipifican tales infracciones. Véase L. López Guerra (2019: 15).

³⁶ El mismo enfoque mantiene, por ejemplo, en sus sentencias de 18 de octubre de 2011, asunto *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, y de 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens y otros c. Italia*, ya citada. Sobre esta última y su incidencia en nuestro ordenamiento, véase C. Chinchilla Marín (2014: 804 y ss.).

³⁷ En esta sentencia el Tribunal tuvo en cuenta, y así lo reconoce expresamente, las importantes conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Akerber Fransson* (C-617/10), en las que puso de manifiesto lo siguiente: de un lado, que la doble sanción penal y administrativa es una práctica muy extendida en los Estados miembros, pero la forma en que uno y otro tipo de sanciones se acumulan varían considerablemente entre los diversos ordenamientos; y, de otro, que el art. 4 del Protocolo 7 no ha sido ratificado por todos los Estados y otros solo lo han hecho limitando su aplicación a las sanciones de naturaleza penal según su propio Derecho, lo que demuestra que los problemas generados por la doble sanción administrativa y penal

factum, pero admite la duplicidad de procedimientos cuando se «acumulan de manera integrada formando un todo coherente», de modo que, en tales casos, se considera que el segundo procedimiento, *de facto*, no tiene lugar³⁸. En el caso analizado se trataba de dos contribuyentes noruegos que habían sido sancionados administrativa y penalmente en dos procedimientos diferentes seguidos, en cierta medida, de forma paralela. El Tribunal considera que no se vulnera el art. 4 del Protocolo 7 porque, «aun cuando dos autoridades diferentes han impuesto sanciones distintas en procedimientos distintos, existía un vínculo suficientemente estrecho entre ellas, tanto en el ámbito material como temporal, para considerarlas parte integrante del régimen sancionador conforme al Derecho noruego». Para determinar la existencia de ese vínculo material y temporal aplica el denominado «test Nilsson», al que ya había aludido (aunque no de forma sistemática) en su sentencia de 13 de diciembre de 2005. En cuanto al vínculo material hay que tener en cuenta, afirma, lo siguiente: i) si los procedimientos tienen finalidades complementarias y responden a diferentes aspectos de la conducta antisocial; ii) si la dualidad de los procedimientos es una consecuencia previsible, tanto desde el punto de vista jurídico como práctico, del mismo comportamiento reprochado; iii) si los procedimientos se llevan a cabo de modo coordinado para evitar cualquier duplicidad tanto en la obtención como en la valoración de la prueba; y, iv) si las sanciones finalmente impuestas no resultan desproporcionadas (apartados 132-133). En cuanto al vínculo temporal, el Tribunal es menos preciso, pero no exige la simultaneidad entre ambos procedimientos y señala que «será más difícil para el Estado demandado probar que se respeta ese vínculo cuanto más amplio sea el desfase temporal entre ambos procedimientos» (apartado 134). Con tales criterios, concluye el Tribunal, se permite «encontrar un justo equilibrio entre la debida salvaguardia de los intereses del individuo protegido por el principio *non bis in idem*, por una parte, y el interés de la comunidad en poder adoptar un enfoque normativo calibrado en el ámbito de que se trate, por otra».

En la sentencia de 8 de diciembre de 2020 (caso *Bajcic c. Croacia*) se reitera este criterio. El recurrente, un conductor que atropelló a una persona causándole la muerte, fue sancionado en vía administrativa con la prohibición del derecho a conducir durante seis meses y la pérdida de cinco puntos del permiso, por exceso de velocidad, conducir un vehículo defectuoso y fugarse

adolescen de una considerable falta de consenso entre los Estados miembros de la Unión debido a su interés por mantener una potestad punitiva dual, administrativa y penal, lo que, a su vez, explica el elevado número de Estados que rechazan, por una u otra vía, someterse a una jurisprudencia del TEDH que ha evolucionado en un sentido que excluye prácticamente esa dualidad (apartados 70-74). Sobre el diálogo entre Estrasburgo y Luxemburgo en ese ámbito, véase, por ejemplo, S. Iglesias Sánchez (2013: 1167-1173); L. López Guerra (2020: 400-405).

³⁸ Como señala L. López Guerra (2019: 20), se aprecian ya precedentes de este enfoque en los asuntos *RT c. Suiza* de 30 de mayo de 2000, *Nilsson c. Suecia* de 13 de diciembre 2005 y *Rivard c. Suiza* de 4 de octubre de 2016.

tras el accidente. Además, fue condenado penalmente a un año y seis meses de prisión por la muerte de la otra persona. El Tribunal considera que en este caso tampoco se vulnera el *non bis in idem* porque la coexistencia del doble proceso tiene en común un vínculo material y temporal suficientemente estrecho, de modo que los procesos y las penas son complementarios y conforman un todo coherente y proporcionado.

El último episodio de esta casuística jurisprudencia viene marcado por la reciente sentencia de 14 de enero de 2021 (*Sabalić c. Croacia*)³⁹. La recurrente, la Sra. Sabalić, acudió a Estrasburgo porque su agresor (que también le había insultado con gritos homófobos a la salida de un local de fiesta) había sido sancionado administrativamente con una simple multa de unos 40 euros y la Fiscalía había rechazado su querrela por lesiones graves y comportamiento violento al considerar que se podía vulnerar el *non bis in idem*. El TEDH, que considera que esa «multa irrisoria» constituye un castigo «manifiestamente desproporcionado respecto de la gravedad del maltrato sufrido», recuerda que el art. 4.2 del Protocolo 7 permite la reapertura del proceso cuando «un vicio esencial del procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada» y, en todo caso, entiende que la vulneración del *non bis in idem* puede repararse cuando las autoridades nacionales tramitan dos procesos punitivos y, al darse cuenta de que se ha producido una violación de dicho principio, «ofrecen una reparación adecuada, por ejemplo, mediante la terminación o anulación del proceso punitivo indeseado y la eliminación de sus efectos». El Tribunal concluye que, «tanto el hecho de no investigar los motivos de odio existentes tras un ataque violento como el hecho de no tomar en consideración tales motivos al establecer el castigo por delitos violentos de odio, constituyen “vicios esenciales” del procedimiento en el sentido del art. 4.2 del Protocolo n° 7», de modo que las autoridades podían y debían iniciar un proceso penal en el que «reexaminar el caso y ofrecer al recurrente la reparación adecuada, por ejemplo, terminando o anulando el proceso punitivo indeseado y eliminando sus efectos».

Pasemos ahora a analizar la jurisprudencia del TJUE, en la que, en una interacción constante con Estrasburgo, también se combina el *idem crimen* con el *idem factum* en función del sector de que se trate y de los textos normativos que, en cada caso, resultan de aplicación⁴⁰.

³⁹ Puede verse una síntesis de esta sentencia en la magnífica crónica de jurisprudencia sobre Derecho Administrativo Sancionador que dirige, para la *Revista Española de Derecho Administrativo*, M. Rebollo Puig (2021: 210-212).

⁴⁰ Sobre la extensa aplicación de este principio en el Derecho de la Unión y la indefinición de sus contornos, véase, por ejemplo, D. Sarmiento (2016: 53-102).

2.3. El *idem crimen* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de competencia

En el Derecho de la Unión en materia de competencia, desde la sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto *Wilhelm* y otros (14/68), la aplicación del *non bis in idem* se basa en la triple identidad de sujeto, hecho e interés jurídico protegido⁴¹. En dicha sentencia, que se refería a investigaciones paralelas seguidas por las autoridades alemanas y por la Comisión por la realización de conductas contrarias a la competencia, el TJUE señaló que «el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferentes» (apartado 3), por lo que el principio *non bis in idem*, que el Tribunal considera una «exigencia general de equidad» (apartado 11), no constituye un obstáculo para que se desarrollen paralelamente procedimientos por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia⁴².

Las normas comunitarias y nacionales en materia de competencia, precisó después el Tribunal, adoptan puntos de vista diferentes y protegen intereses jurídicos diversos, por lo que la protección que ofrece el *non bis in idem* en el Derecho de la competencia está supeditada al requisito de la triple identidad de los hechos, del infractor y del interés jurídico protegido y, en consecuencia, «prohíbe sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico» [sentencia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004, asunto *Aalborg Portland y otros/Comisión* (C-204/00), apartado 338].

El criterio de la triple identidad ha sido reiterado por el TJUE en numerosos pronunciamientos posteriores, en particular, en la sentencia (de la Gran Sala) de 14 de febrero de 2012, sobre el asunto *Toshiba Corporation y otros* (C-17/10), a pesar de las conclusiones en contra de la Abogada General Kokott, que abogaba por el criterio del *idem factum* y, en consecuencia, proponía tener solo en cuenta la identidad de los hechos y del infractor, que, como se verá más abajo, era el criterio seguido por el Tribunal en el contexto del art. 54 del CAAS y de la orden de detención europea y, a su vez, el que, como se ha visto,

⁴¹ Como señala F. Pascua Mateo (2017: 81), en el ámbito del mercado de valores, el tratamiento del *non bis in idem* es bastante coincidente.

⁴² La aplicabilidad del *non bis in idem*, en un ejemplo más de «construcción pretoriana de los derechos fundamentales», fue ya reconocida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 de mayo de 1966, asunto *Gutmann* (18/65 y 35-65), en el marco de un procedimiento disciplinario a funcionarios de la Comunidad Europea. Posteriormente, el Tribunal señaló que se trata de un principio recogido en los ordenamientos jurídicos nacionales y «que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario» [sentencias de 14 de diciembre de 1972, asunto *Boehringer* (C-7/72) y de 15 de octubre de 2002, asuntos acumulados *Limburgse Vinyl Maatschappij*, C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C- 250/99, C-252/99 y C-254/99]. Más tarde, como se ha visto, fue positivizado en el art. 50 de la Carta.

había mantenido el TEDH en el asunto *Zolotukhine*⁴³. En cualquier caso, la adopción de uno u otro criterio no tuvo relevancia en ese asunto, ya que las sanciones impuestas (una por la Comisión y otra por la autoridad checa de la competencia) a las empresas de un cártel internacional se referían a territorios y periodos de tiempo distintos y, por tanto, a hechos diferentes.

El mismo criterio, en fin, se ha vuelto a confirmar (también en términos abstractos) en la reciente sentencia (Sala Octava) de 25 de febrero de 2021, dictada en el asunto *Slovak Telecom* (C-857/19), en el que la autoridad eslovaca de la competencia y la Comisión habían sancionado a dicha empresa por abuso de posición dominante consistente en la comprensión de márgenes durante un determinado período de tiempo. El Tribunal recuerda que «el cumplimiento del requisito “*idem*” está supeditado, a su vez, a un triple subrequisito [*sic*] de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido [...]. El principio *non bis in idem* prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico» (apartado 43)⁴⁴.

2.4. El *idem factum* en el espacio de libertad, seguridad y justicia

Sin embargo, en el espacio de libertad, seguridad y justicia, el TJUE considera irrelevante el criterio de la calificación jurídica y del interés jurídico protegido.

Así lo señaló, en la sentencia (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2006, asunto *Van Esbroeck* (C-436/04), en el que un nacional belga fue condenado en Noruega a una pena privativa de libertad de cinco años por importación ilícita de estupefacientes en dicho país y, posteriormente, tras cumplir parte de la condena y ser puesto en libertad, a una pena de prisión de un año en Bélgica por exportación ilícita, fuera de Bélgica, de esas mismas sustancias. Para el Tribunal, el art. 54 CAAS «se refiere exclusivamente a la materialidad de los hechos de que se trata, con exclusión de su calificación jurídica» (apartado 27), por lo que el único criterio pertinente a efectos de su aplicación «es el de la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas» (apartado 36), expresión que no es un dechado de certeza y precisión, y cuya apreciación corresponde a las instancias nacionales en cada caso competentes⁴⁵.

⁴³ Sobre dicha sentencia, véase, por ejemplo, A. L. Calvo Caravaca (2017: 281 y ss.).

⁴⁴ En el referido asunto, el principio *non bis in idem* tampoco resulta aplicable porque no se cumple el requisito de la identidad de los hechos.

⁴⁵ En la sentencia de 28 de septiembre de 2006, asunto *Van Straaten* (C-105/05), el Tribunal señala que la expresión «los mismos hechos» no exige que estos tengan que ser idénticos (así, en relación al tráfico de estupefacientes, los hechos son los mismos aunque las cantidades de droga en uno y otro proceso sean diferentes), y en las

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal se apoya en la literalidad del referido precepto (que habla de identidad de los hechos y no de identidad de la infracción o del delito como el art. 4 del Protocolo 7 o el art. 14.7 del PIDCP), en la falta de armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros y en que de ese modo se garantiza mejor la libertad de circulación: «debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido crearía tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes» (apartado 35). El Tribunal siguió en este asunto las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, para quien «la libre circulación en el espacio Schengen exige que el responsable de un acto sepa que, una vez condenado y cumplida la pena o, en su caso, definitivamente absuelto en un Estado miembro, puede trasladarse en ese territorio sin miedo a que se le persiga en otro Estado, aduciendo que aquel comportamiento integra en su ordenamiento jurídico una transgresión distinta», pues si se admitiera este último planteamiento «se alzarían tantas barreras a esa libertad como sistemas penales existentes, los cuales, además, pese a los afanes armonizadores de las decisiones marco aprobadas por el Consejo de la Unión, presentan una fuerte impronta nacional» (apartado 45)⁴⁶.

sentencias (Sala Segunda) de 18 de julio de 2007, asuntos *Kraaijenbrink* (C-367-05) y *Kretzinger* (C-288/05), precisa, lo que tampoco es mucho, que, «para dilucidar si existe tal conjunto de circunstancias concretas, los tribunales nacionales competentes deben determinar si los hechos materiales de ambos procedimientos constituyen un conjunto de hechos indisolublemente ligados en el tiempo, en el espacio así como por su objeto».

⁴⁶ Esta importación al terreno penal de la lógica de las libertades está ya presente en la sentencia de 11 de febrero de 2003, asunto *Gözütok y Brugge* (C-187 y 385/01), donde el Tribunal la utiliza para realizar una interpretación amplia del concepto de «sentencia firme» que figura en el art. 54 CAAS e incluir, también, a las resoluciones en las que se extingue la acción penal como consecuencia de un acuerdo o transacción entre el acusado y el fiscal. En las sentencias (Sala Primera) de 28 de septiembre de 2006 [asuntos *Gasparini* y otros (C-467/04) y *Van Straaten* (C-105/05)], el Tribunal también incluyó en el concepto de «sentencia firme» las sentencias absolutorias por falta de pruebas y por la prescripción del delito, pero en la de 10 de marzo de 2005 (Sala Quinta), asunto *Miraglia* (C-469/03), excluyó a los autos de archivo provisional de la causa. Como señala D. Sarmiento (2007: 37, 54 y ss.), detrás de esta amplia y generosa interpretación de todos los elementos del *non bis in idem* no solo hay una tutela *iusfundamental*, sino una política comunitaria al servicio del proceso de integración europea (que es una de las finalidades del acervo Schengen), pues a través de dicho principio se ha instaurado un mecanismo *sui generis* de reconocimiento de decisiones de los tribunales nacionales penales, lo que, dado su carácter incondicional, puede generar problemas (por ejemplo, discriminaciones inversas o incompetencia entre normas penales) si no va acompañado de disposiciones comunes sobre competencia judicial internacional y un proceso gradual de armonización de los tipos penales. En opinión de J. A. E. Vervaele (2014: 18-19), en dichas sentencias, el Tribunal hace una interpretación autónoma del principio y, en el nuevo contexto de la Unión Europea, cambia el fundamento, alcance y función del *non bis in idem*, ya que se convierte en parte del esquema de la confianza mutua en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Para un análisis del *non bis in idem* desde la perspectiva del reconocimiento

En este ámbito (como en cualquier otro), es obvio que la calificación jurídica de un hecho no se puede erigir en elemento *definitorio* del *idem*, pues bastaría con cambiar la etiqueta del delito (o la infracción) para burlar la prohibición. Sin embargo, el criterio del bien jurídico protegido por las normas sancionadoras es diferente al anterior a pesar de la equiparación que subyace en esa jurisprudencia, pues presenta un nivel de abstracción mucho mayor, ya que alude al interés jurídico o social que una infracción o un grupo amplio de infracciones pretende proteger (con la amenaza de sanción), cualquiera que sea el Estado miembro de que se trate. Veámoslo.

Es indiscutible, como señala certeramente el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus conclusiones, que la conducta por la que el Sr. Van Esbroeck fue penado en Noruega coincide con la que sustentaría la acusación y la condena en Bélgica: el traslado clandestino desde un país a otro de una cantidad de droga durante los días 31 de mayo y 1 de junio de 1999. También es cierto que esa conducta recibe una calificación jurídica diferente en ambos Estados: exportación en Bélgica e importación de dichas sustancias ilícitas en Noruega, por lo que, si el *idem* se estima desde el punto de vista exclusivamente fáctico, el art. 54 CAAS ampara al Sr. Van Esbroeck. Pero, no comparto la conclusión de que, si al *idem* «se le otorga una dimensión jurídica, la doble punición resulta posible», pues ello será así cuando la dimensión jurídica que se adopte sea la de la calificación jurídica que reciben los hechos en uno u otro país, pero no si lo que se tiene en cuenta, como en mi opinión resulta procedente, es el bien jurídico protegido por las normas sancionadoras de cada Estado, que, en ambos casos, es el mismo: la protección de la salud. Por tanto, con arreglo a este criterio y sin necesidad de acudir al *idem factum*, la prohibición de *bis in idem* resultaría aplicable a dicho asunto (como, por lo demás, reclama el sentido común), ya que, al ser idéntico el interés jurídico protegido por las normas sancionadoras en uno y otro Estado, se estaría sancionando dos veces lo mismo⁴⁷. Así entendido, y frente a lo que algunos afirman, el *non bis in idem* puede operar perfectamente en el ámbito internacional.

2.5. La jurisprudencia *Menci* y la cláusula de limitación de derechos

En la denominada jurisprudencia *Menci* [que, en realidad, son tres asuntos: *Menci* (C-524/15), *Carlsson* (C-537/16) y *Di Puma* (C-596/16 y C-597/16),

mutuo, véase, por ejemplo, P. Peiteado Mariscal (2006: 70-82), autora que también pone de manifiesto que la finalidad del art. 54 CAAS no es regular directamente el *non bis in idem* en la Unión, sino proteger el derecho a la libre circulación entre los Estados miembros (p. 73). Ofrecen un completo y riguroso análisis de todas estas sentencias, M. Cedeño Hernán y M. Aguilera Morales (2008: 187-241) y (2011: 1-28).

⁴⁷ Por ello, lleva razón Bobek, en sus conclusiones al asunto *bpost*, cuando afirma que el Tribunal utiliza los conceptos de calificación jurídica y de interés jurídico protegido de manera indistinta y, por ello, que el significado de este último queda, en la práctica, sin explorar.

resueltos por sentencias de 20 de marzo de 2018], el TJUE (Gran Sala) adopta un criterio que en sus resultados prácticos ofrece un nivel de protección similar al que mantiene en la actualidad el TEDH, pero con un apoyo normativo y una base argumental diferente, por lo que no se plantean problemas desde la perspectiva del mandato del art. 52.3 de la Carta, ya que se puede alcanzar el mismo estándar de protección desde enfoques o parámetros interpretativos distintos.

En el asunto *Menci*, que puede considerarse el principal, un ciudadano italiano había sido sancionado en vía administrativa por el impago del IVA con una multa de 85.000 euros, correspondiente el 30 por 100 de la deuda tributaria. Cuando la sanción devino firme, se le incoó un proceso penal por los mismos hechos. El Abogado General Campos Sánchez-Bardona se opuso a que se aplicara la nueva jurisprudencia del TEDH iniciada en el asunto *A y B c. Noruega*, ya que ello disminuiría el nivel de tutela del *non bis in idem*. Pero, el TJUE admitió el segundo proceso, aunque no siguiendo a Estrasburgo en el razonamiento, sino aplicando la cláusula horizontal de limitación de derechos que consagra el art. 52.1 de la Carta en estos términos:

«Cualquier limitación de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

El Tribunal parte en la sentencia de la identidad de los «hechos materiales» entendida como «la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas que han dado lugar a la absolución o a la condena definitiva de la persona de que se trate», pero admite el segundo procedimiento o proceso siempre que la normativa que regula la acumulación «persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la acumulación [...] y esos procedimientos tengan finalidades complementarias, contengan normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas, y establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la infracción de que se trate» (apartado 63).

La sentencia añade que la limitación controvertida está prevista en la ley italiana y respeta el contenido esencial del derecho que consagra el art. 50 de la Carta. Confirma, igualmente, la existencia de un objetivo de interés general (percepción de la totalidad del IVA) y de finalidades complementarias en las normas que contemplan la acumulación de procedimientos: por una parte, la disuasión y la sanción de cualquier incumplimiento, deliberado o no, de las normas de declaración y cobro del IVA mediante la imposición de sanciones administrativas, y, por otra, la disuasión y la sanción de incumplimientos graves de dichas normas, que son especialmente nefastos para la sociedad y

que justifican la adopción de sanciones penales, más graves (apartado 45)⁴⁸. La sentencia considera, también, que se respeta el principio de proporcionalidad, pues la normativa aplicada reducía a lo estrictamente necesario la carga adicional que supone la acumulación de procedimientos y garantizaba que la gravedad de las sanciones impuestas correspondía a la gravedad de la infracción cometida. Además, la normativa establecía reglas claras y precisas que permitían al sancionado determinar qué actos y omisiones pueden ser objeto de una acumulación de procedimientos⁴⁹.

En los asuntos *Carlsson* y *Di Puma*, sin embargo, no se superaron tales criterios. En el primero, sobre prácticas de manipulación del mercado para atraer la atención sobre los títulos de determinadas empresas, el Tribunal declara que la imposición de una sanción administrativa a empresas que también fueron condenadas penalmente (en realidad, con posterioridad) de manera efectiva y disuasoria por los mismos hechos no superaba el principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues, aunque la acumulación estaba prevista en la ley, respetaba el contenido esencial del derecho y la acumulación obedecía a un fin legítimo y era necesaria para alcanzarlo, iba más allá de lo estrictamente necesario e imponía cargas excesivas al ciudadano. Sobre todo, dice el Tribunal, porque, aunque la legislación prevé que cuando por un mismo hecho se imponga una multa penal y una sanción administrativa, el cobro de la primera se limitará a la parte que sobrepase el importe de la segunda, no hay reglas para la concurrencia de la pena de prisión (se había impuesto una pena de tres años, que luego fue objeto de indulto) y la multa administrativa (en el caso cinco millones de euros) que garanticen que la gravedad del conjunto de sanciones impuestas no sea desproporcionado

⁴⁸ Pero, en realidad, no se trata de finalidades complementarias, sino de la misma y única finalidad: disuadir y sancionar determinados incumplimientos. Lo único que difiere, realmente, es la gravedad del incumplimiento que se disuade y sanciona. En consecuencia, en casos como este, lo que se produce realmente es un concurso de normas punitivas (un solo hecho es susceptible de subsumirse en dos o más normas a la vez, por sólo ha de aplicarse una de ellas —en este caso la penal— porque es suficiente para abarcar todo el reproche punitivo del hecho) y no un concurso ideal de infracciones (un solo hecho daña o pone en peligro dos intereses jurídicos protegidos). Lo apunta, en mi opinión acertadamente, el Abogado General Campos Sánchez-Bardona en sus conclusiones a este asunto (apartado 91).

⁴⁹ Para avalar esta interpretación, en otro ejemplo más de interacción entre Tribunales y de cumplimiento del mandato del art. 52.3 de la Carta, el TJUE recuerda que el TEDH, en el asunto *A y B c. Noruega*, tiene declarado que la acumulación de procedimientos y sanciones tributarias y penales que repriman la misma infracción de la ley tributaria no viola el principio *non bis in idem* consagrado en el art. 4 del Protocolo 7 al Convenio cuando ambos procedimientos presenten un vínculo material y temporal suficientemente estrecho, por lo que «las exigencias a las que el art. 50 de la Carta, en relación con el art. 52, apartado 1 de esta, somete una eventual acumulación de procesos y sanciones penales y procedimientos y sanciones administrativas de carácter penal [...] garantizan un nivel de protección del principio *ne bis in idem* que no menoscaba el garantizado por el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (apartados 61 y 62).

(apartados 59-61). En el segundo asunto, relativo a varias operaciones con información privilegiada sobre la toma de control de una sociedad, el Tribunal llegó a la misma conclusión en un supuesto en el que había una sentencia absolutoria (por falta de prueba de los hechos imputados) en un procedimiento penal seguido de otro procedimiento administrativo por los mismos hechos, pues ello excedería de forma manifiesta lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo, sin perjuicio de que nuevos hechos o nuevas pruebas sobre ellos permitieran la reapertura (apartados 44 y 45).

3. LA AMPLIACIÓN DEL *IDEM* Y LA RELATIVIZACIÓN DEL *BIS*

3.1. La errónea ampliación del *idem*

Esta diversidad de criterios en el espacio jurídico europeo a la hora de definir el *non bis in idem* es difícil de entender, pues tanto el art. 4 del Protocolo 7 al Convenio como el art. 50 de la CDFU hablan de identidad de la «infracción». En el seno de la Unión puede tener algún sentido la diferencia entre la Carta y la jurisprudencia sobre el art. 54 CAAS, dado el diverso tenor literal de tales textos y la finalidad última perseguida de superar los obstáculos a la libre circulación en un contexto multijurisdiccional en el que las legislaciones penales en los Estados miembros no están armonizadas⁵⁰. Pero, carece de sentido que, al socaire del art. 50 de la Carta, convivan dos entendimientos tan diferentes del principio como los que se aprecian actualmente en la jurisprudencia *Wilhelm y Toshiba*, de un lado, y la jurisprudencia *Menci*, de otro.

Como señaló ya en 2011 la Abogada General Kokott, en el asunto *Toshiba*, «de la importancia esencial del principio *non bis in idem*, como principio fundamental del Derecho de la Unión con rango de derecho fundamental, se infiere que su contenido no puede ser sustancialmente diferente en función del campo jurídico afectado» (apartado 117). Estoy de acuerdo, pero la unificación de su contenido no debe venir, como ella y otros abogados generales han postulado, por la aplicación del criterio del *idem factum* en todos los

⁵⁰ Aunque, seguramente, la finalidad perseguida por el Acuerdo Schengen se podría alcanzar igualmente con un adecuado grado de abstracción de los intereses jurídicos protegidos en el sentido que se indica más abajo en el texto (apartado 3.4 de este trabajo). Apunta y desarrolla esta idea M. Pérez Manzano (2016: 196), quien señala que la confianza mutua y la libre circulación no «excluyen la posibilidad de defender un concepto de identidad de los hechos normativizado», mientras que la libertad de circulación no se consigue «con un concepto puramente naturalista de identidad de hechos», que solo permite una delimitación precisa de la unidad de hechos en los delitos simples en los que solo concurre una acción o una acción y un resultado que se consuman en un corto espacio de tiempo, pero en el resto de casos genera gran inseguridad y «un efecto de desaliento sobre la libertad de circulación que se pretende proteger».

sectores, incluido el Derecho de la competencia, sino por la unificación de la regla en torno al criterio de los intereses jurídicos implicados, como ha defendido recientemente el Abogado General Bobek en sus conclusiones al asunto *bpost*⁵¹.

Hay que tener en cuenta, a este respecto, que, en realidad, para determinar los hechos no se puede prescindir por completo de las normas. La visión puramente naturalística de los hechos es una quimera. En esto, de forma expresa o implícita, y a veces sin ser consciente de ello, hay plena coincidencia. Así lo han destacado los penalistas, los procesalistas o los propios administrativistas, y así se infiere incluso de las propias resoluciones judiciales citadas⁵².

⁵¹ Un criterio general de apreciación que no solo funcione dentro de cada Estado miembro, sino también en toda la Unión, tanto en el eje horizontal (relaciones entre los Estados) como vertical (relaciones entre la Unión y los Estados) (apartado 121). Véanse también sus conclusiones paralelas presentadas al asunto *Nordzucker y otros* (C-151/20). Sin embargo, se muestra contrario a que exista un concepto de *non bis in idem* único y uniforme en todos los ámbitos del Derecho de la Unión, el Abogado General Nilo Jääskinen en su opinión al asunto *Zoran Spasic* (C-129/14), presentada el 2 de mayo de 2014 (apartado 44).

⁵² En el ámbito penal, S. Mir Puig (2016: 667-668): «el criterio para valorar un hecho unitario en Derecho penal sólo puede ser jurídico [...] La descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de la actividad»; M. Pérez Manzano (2016: 195) y (2018, 404-405): «los delitos y las infracciones son unidades creadas por el legislador acotando sectores de la realidad y puede estar integradas por una pluralidad de acciones aisladas o por varios actos [...] el homicidio puede ser desintegrado en una pluralidad de acciones naturales separadas por el espacio y el tiempo: si alguien compra una pistola, al día siguiente se acerca a su víctima, realiza un primer disparo que falla y vuelve a disparar y acaba matándola, podría sostenerse que hay tres acciones separadas en el tiempo y en el espacio que podrían sancionarse separadamente. Sin embargo, hay acuerdo en que el acto preparatorio (compra de la pistola), incluso la tentativa (el primer disparo), quedan absorbidos por la calificación del delito consumado». Entre los procesalistas, por ejemplo, A. de la Oliva Santos (2007: 209): «los hechos solo pueden identificarse como objetos procesales con una especie de mirada jurídica [...] nadie observa comportamientos humanos, a los fines de un proceso penal, desde una perspectiva puramente natural, puesto que dicha observación está motivada y persigue identificar hechos con caracteres de delito; los hechos sólo interesan al proceso penal en cuanto revistan apariencia delictiva». Como ya destacaron E. Gómez Orbaneja y V. Herce Quemada (1987: 7, 291), no es cierto que se pueda prescindir incondicionalmente de una consideración normativa del hecho para establecer su identidad. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, A. Nieto García (2012: 489): «lo que califica los hechos como unidad o pluralidad, no es la naturaleza de la percepción natural del observador y ni siquiera la voluntad del actuante, sino el legislador. Es la norma, en otras palabras, quien nos dice en cada caso si media uno o varios hechos. Y la norma tiene poder para, a efectos sancionadores, reunir varios hechos (naturales) en una sola acción típica o, a la inversa, descomponer un solo hecho natural en varias acciones típicas»; M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (2005: 629): «los criterios para resolver si hay un hecho o varios [son] el finalista y el normativo, de manera que se considera que hay un único hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo»; L. Alarcón Sotomayor (2008: 44-45), en sentido similar; T.

Pero, por mucho que los hechos hayan de precisarse con la mirada puesta en las normas, la contemplación puede estar más o menos teñida jurídicamente o tener un enfoque jurídico u otro, de modo que el campo de aplicación del *non bis in idem* puede ser más o menos extenso. No es lo mismo tener en cuenta los hechos desde cierta perspectiva jurídica, que atenerse a su concreta calificación jurídica (el verdadero *idem crimen*) o estar al criterio, más amplio, y, en rigor, diferente al anterior, del interés jurídico protegido por la norma sancionadora. Por eso, en realidad, a la hora de determinar el *idem* hay tres enfoques, si no más⁵³.

Con todo, y debido a esa necesidad de determinar los hechos desde una perspectiva jurídica, aunque a veces se afirma que se acoge el criterio del *idem factum*, el criterio del interés jurídico protegido no desaparece por completo, sino que es, como dice el Abogado General Bobek utilizando un expresivo símil, como un «pequeño camaleón» que adopta diferentes tonalidades adhiriéndose a la rama o línea jurisprudencial de cada momento (apartados 123-130). Así, afirma, en el Derecho de la competencia, incluso los Abogados Generales que proponían abandonar el interés jurídico protegido como criterio autónomo acabaron solapando su contenido con una «identidad de los hechos» definida de modo amplio. La Abogada General Kokott, por ejemplo, en el asunto *Toshiba*, incluyó los efectos negativos de una práctica colusoria y los efectos anticompetitivos que había provocado en los hechos del caso concreto⁵⁴. En la jurisprudencia *Menci*, el análisis de la divergencia de los intereses jurídicos protegidos se traslada al apartado de los distintos objetivos de interés general y de la complementariedad de las finalidades perseguidas por cada procedimiento punitivo⁵⁵. Pero es, concluye, en la jurisprudencia del

Cano Campos (2018: 139): el concepto de hecho alude a «acciones como producción evitable, teniendo que ser, además, acciones típicas si ha de llegarse al concurso».

⁵³ Lo señala certemente, siguiendo las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo en el asunto *Van Esbroek* (C-436/04), A. Bueno Armijo (2021: 296). Alude a que hay otras concepciones intermedias, M. Pérez Manzano (2018: 403, 406).

⁵⁴ Y se pregunta Bobek: si se incluyen los efectos (sociales) negativos (sobre los intereses jurídicos protegidos) en el marco del análisis de los hechos, ¿ha desaparecido realmente del mapa el requisito de la identidad del interés jurídico protegido?

⁵⁵ Como también ha señalado M. Aguilera Morales (2006: 504), que analiza la jurisprudencia anterior sobre el CAAS, «entre “infracción” y “mismos hechos” hay, pues, mucha más cercanía de lo que el TJUE sostiene», pues, «aunque insista en que lo relevante para determinar si existe la identidad son los hechos materiales, no desprecia la posibilidad de que estos sean examinados al albur de la norma», como lo muestra el hecho de que el Tribunal analice el sentido y finalidad del precepto cuya aplicación por los Estados miembros se cuestionaba podía vulnerar [el] *ne bis in idem*», o que le indique a los «tribunales nacionales que para determinar si los hechos materiales constituyen un conjunto de hechos indisolublemente unidos» han de tener en cuenta, no solo el tiempo y el espacio, sino también su «objeto», alusión que puede tomarse no solo en el sentido de atender a las circunstancias histórico-espaciales en que aquellos se producen, sino también a su configuración típica, al contenido material de injusto», a lo que añade que esta implícita visión jurídica resulta apreciable en las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo al asunto *Van Straaten* (C-159/05).

TEDH donde la presencia de los intereses jurídicos protegidos se ve de forma más clara aún si cabe. Antes del asunto *Zolotukhine*, la divergencia de los intereses jurídicos protegidos parecía estar comprendida, al menos en la mayoría de los casos, en la definición del elemento *idem* (si existía divergencia, no se estaba enjuiciando o sancionando lo mismo). En el asunto *Zolotukhine*, el Tribunal rechaza la pertinencia de la divergencia de los intereses jurídicos protegidos para definir en *idem*. Sin embargo, en el asunto *A y B c. Noruega* de 2016, o en el más reciente *Bajcic c. Croacia* de 2020, vuelve a retomarse el criterio de la divergencia de intereses, ahora, como hizo el TJUE en *Menci*, bajo la forma de si los «diferentes procedimientos persiguen finalidades complementarias y abordan, por tanto, diferentes aspectos de la conducta antisocial», pero, como puede verse, en el marco de la apreciación del elemento *bis* y de la determinación de si existió o no vínculo material suficiente entre ambos procedimientos.

Este tortuoso proceso seguido por la jurisprudencia y la situación a la que, finalmente, se ha llegado puede sintetizarse como sigue. La aplicación de los «criterios Engel» ha supuesto un considerable aumento de los procedimientos y las sanciones administrativas que se califican como penales, por lo que también han aumentado los procedimientos y las sanciones que caen bajo la garantía del *non bis in idem*. Por otra parte, la concepción del *idem* que parece haber triunfado mayoritariamente es muy amplia y protectora (para los infractores). Pero, el *non bis in idem* no puede abarcarlo todo, ya que es preciso garantizar también los intereses generales que se persiguen con la amenaza de las sanciones y posibilitar la aplicación de la mayoría de los regímenes administrativos existentes en los Estados miembros, pues es muy difícil que todos los procedimientos tengan una sola vía punitiva dentro de cada Estado y, con mayor razón aún, en el ámbito transnacional, como al final ha reconocido el TEDH siguiendo al Abogado General Cruz-Villalón. Ante esta situación, no ha quedado más remedio que admitir (como válvula de escape) en muchos casos el doble enjuiciamiento y la doble sanción, porque, se afirma, tales procedimientos «persiguen finalidades complementarias»⁵⁶. Pero, como puede apreciarse, la alusión a las finalidades complementarias (que no siempre concurren) de los procedimientos punitivos concurrentes no es mas

Para A. de la Oliva Santos (2008: 172-173), la jurisprudencia europea sobre el art. 54 CAAS tampoco se apoya en una consideración meramente histórico-naturalística del *factum*, sino que exige la contemplación de los hechos desde cierto punto de vista jurídico. Véase, también, M. Cedeño Hernán y M. Aguilera Morales (2011:12).

⁵⁶ El Abogado General Campos Sánchez-Bardona, en sus conclusiones al asunto *Menci*, lo que propone es desandar el camino que ha conducido a atribuir naturaleza penal a las sanciones administrativas (apartado 89). En el mismo sentido, A. Bueno Armijo (2021: 305). Pero, como señala Bobek (en sus conclusiones al asunto *bpost*, apartado 105), en la actualidad parece poco probable que se revisen los criterios *Engel*. Y lo mismo cabe decir del TEDH, que, lejos de abandonarlos o reducirlos, los extiende a otras garantías como puede apreciarse en la sentencia *Saqueti Iglesias c. España* de 2020.

que otra forma de referirse a los intereses jurídicos protegidos⁵⁷. De modo que se introduce por la ventana (del *bis*) lo que previamente se ha echado por la puerta (del *idem*). Lo cual es una mala solución ya que se relativiza, en detrimento de la seguridad jurídica, el elemento *bis* del principio, como paso a destacar a continuación.

3.2. Y la peligrosa relativización del *bis*

La relativización del elemento *bis*, como puede apreciarse, ha tenido dos actores que han seguido dos vías diferentes. El TEDH, en su jurisprudencia más reciente, considera que sólo hay un enjuiciamiento y una sanción donde realmente hay dos. Mientras que el TJUE, en la jurisprudencia *Menci*, afirma que el derecho reconocido en el art. 50 de la Carta se puede limitar, de modo que, si se cumplen determinados requisitos (reserva de ley y respeto al contenido esencial y al principio de proporcionalidad), cabe el doble enjuiciamiento o la doble sanción. De este modo, se ensancha desmesuradamente el contenido del derecho, para luego, por una u otra vía, limitarlo o negar su violación.

Aunque los resultados finales a los que llega esta jurisprudencia convergen parcialmente con los de nuestro TC y hasta se pueden compartir en algunos casos, me parece que la forma adecuada de alcanzarlos no pasa por relativizar la prohibición (el *bis*), sino siendo más exigentes (y sinceros) con la definición de su presupuesto (el *idem*), lo que, en algunos de los casos analizados, conduciría igualmente a la posibilidad de doble enjuiciamiento o sanción porque realmente esa duplicidad punitiva no recae sobre «lo mismo», sino sobre vulneraciones del ordenamiento jurídico diferentes. La relativización del *bis* para compensar una concepción amplia del *idem* genera mas problemas que soluciones, como certeramente ha destacado una vez más el Abogado General Bobek en su análisis demoledor de la jurisprudencia *Menci*, que comparto esencialmente y que puede sintetizarse como sigue⁵⁸.

El *non bis in idem* es un límite o una garantía que debe definirse *ex ante* y a nivel normativo general. Sin embargo, con esta jurisprudencia, solo al terminar el segundo procedimiento se podrá comprobar si se cumplen algunos de los requisitos exigidos y, por tanto, si el segundo procedimiento es lícito o no. Así, se podrá interrumpir un segundo procedimiento si no existe un objetivo de interés general o unas «finalidades complementarias», pero, si concurren ambos, la proporcionalidad de la limitación siempre dependerá de las circunstancias en que se desarrolle el segundo procedimiento, incluida la

⁵⁷ Así lo destaca también, por ejemplo, M. Gómez Tomillo (2020: 433, 441).

⁵⁸ Las críticas también son extensibles a la jurisprudencia de Estrasburgo desde el asunto *A y B c. Noruega*, pues el TEDH también recurre el argumento de las «finalidades complementarias perseguidas por los dos procedimientos aplicables» para admitir su duplicidad.

determinación de la sanción. De este modo, el *non bis in idem* se convierte en un criterio jurisprudencial rectificativo *ex post* contra el carácter desproporcionado de las sanciones acumuladas.

En segundo lugar, si el *non bis in idem* tiene ese contenido amplio que se le da (solo prohíbe la duplicidad en los supuestos de identidad del sujeto y de los hechos, al margen del interés jurídico protegido) cuesta entender cuál es realmente y cómo se protege el contenido esencial del derecho fundamental así concebido⁵⁹. La jurisprudencia *Menci* se limita a afirmar (apodócticamente) que la normativa italiana en cuestión «respeto el contenido esencial del art. 50 de la Carta, puesto que únicamente permite la acumulación de procedimientos y sanciones establecidos taxativamente» (apartado 43). Pero esto, en realidad, se refiere al requisito de legalidad de la limitación que establece el art. 52.1 de la Carta («establecida por ley»), no al contenido esencial del derecho.

Por último, el nivel de protección de esta jurisprudencia es ciertamente reducido, pues el derecho se considera garantizado por el mero hecho de que el acusado podía prever que sería enjuiciado (y eventualmente sancionado) de nuevo. Y las finalidades complementarias perseguidas, en el asunto *Menci*, se consideran existentes por la simple razón de que el enjuiciamiento penal, a diferencia del administrativo, se limita a incumplimientos graves, cuando es evidente que, en realidad, persiguen el mismo objetivo y no hay, realmente, una finalidad que complementa a la otra. El problema en el asunto *Menci* es, en mi opinión, que se sancionó primero en vía administrativa cuando debería haberse sancionado únicamente en el ámbito penal, ya que se trataba de un claro ejemplo de concurso de normas (penal y administrativa) y la penal abarcaba ya todo el desvalor del hecho⁶⁰.

Es evidente, me parece, la falta de certeza y previsibilidad (que es uno de los bienes a que sirve el principio analizado) que genera una concepción tal: si no somos capaces de conocer los límites precisos del derecho fundamental al *non bis in idem*, a causa de una jurisprudencia que amplía el *idem* para luego relativizar casuísticamente el *bis*, nos vemos abocados a un terreno desconocido en el que no tenemos claro lo que es realmente objeto de tutela y protección⁶¹.

⁵⁹ También ve dudoso que en tales casos se respete el contenido esencial del derecho, el Abogado General Campos Sánchez-Bardona en sus conclusiones al asunto *Menci* (apartado 82), para quien aplicar el art. 52.1 de la Carta supone «desdibujar» el *non bis in idem* y someterlo «a unas constataciones de desmesurada complejidad» (apartado 89). Parece aceptar este estándar de protección «ligeramente más bajo», F. Velasco Caballero (2018).

⁶⁰ En el asunto *Carlsson* la pena impuesta también comprende el total desvalor del hecho (en los términos del TJUE, resulta apta para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria), mientras que en el caso *Di Puma* hay primero una absolución penal por falta de prueba de los hechos imputados, lo que, lógicamente, cierra el paso a la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo posterior.

⁶¹ Subyace ya esta crítica en D. Sarmiento (2007: 55).

3.3. Una lectura positiva para nuestro Derecho interno

En cualquier caso, el nuevo enfoque de Estrasburgo y Luxemburgo sobre el *non bis in idem* tiene, como se ha adelantado, una lectura positiva para nuestro Derecho interno, pues permite sancionar el concurso ideal de infracciones (un solo hecho da lugar a más de una infracciones porque daña o pone en peligro más de un bien jurídico) y, además, ofrece cobertura a las numerosas normas que en nuestro ordenamiento prevén la posibilidad de que se inicie o reanude un procedimiento administrativo sancionador tras una sentencia penal absolutoria porque los hechos no son constitutivos de delito, no pueden serlo de infracción administrativa⁶².

Estas previsiones normativas, que a mi me parecen acertadas porque no vulneran el *non bis in idem* (ni el sustantivo ni el procedimental), han sido consideradas por algunos autores como claramente contrarias a la jurisprudencia sentada por el TEDH en el asunto *Zolotoukhine*, porque, en su opinión, vulneraban abiertamente la vertiente procedimental del *non bis in idem*⁶³.

Yo nunca lo he creído así, porque no me parece que en tales casos haya realmente doble enjuiciamiento⁶⁴. No hay doble enjuiciamiento porque no se está enjuiciando lo mismo: el proceso penal no analiza si un hecho es un ilícito en general, sino si el hecho es o no constitutivo de delito. El objeto del proceso penal y el del procedimiento administrativo no coinciden, aunque los hechos desde el punto de vista fáctico sean los mismos o, lo que será más frecuente, coincidan parcialmente porque unos, normalmente los de la infracción administrativa, están incluidos en los que describe la parte objetiva

⁶² Véanse, por ejemplo, los arts. 55.3 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; 120 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas; 56.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; 71.5 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico; 85.3 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. También el propio Derecho derivado de la Unión contiene algunas previsiones similares: art. 6 del Reglamento (CE, Euratom) núm. 2988/95, de 18 de diciembre, sobre los intereses financieros de las Comunidades Europeas; art. 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (en este caso, actuación de los órganos nacionales tras una decisión de la Comisión, con el requisito de que no entre en conflicto con ésta).

⁶³ D. Carpio Briz (2012: 237, 242); R. Alcácer Guirao (2013: 46-50), que las considera incluso inconstitucionales; M. Pérez Manzano (2016, 197-199); A. Bueno Armijo (2021: 303), que considera contrarias al art. 50 CDFUE las previsiones similares contenidas en el propio Derecho de la Unión, si bien, al igual que Pérez Manzano, se muestra (acertadamente) crítico con esa interpretación tan generosa del *non bis in idem*.

⁶⁴ T. Cano Campos (2001: 225), (2014: 163) y (2018: 65). En términos sustancialmente coincidentes, L. Alarcón Sotomayor (2008: 185-186).

del tipo penal (por ejemplo, la conducción con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gr/l está normalmente incluida en la conducción bajo los efectos del alcohol; lo mismo puede ocurrir con la relación entre la infracción tributaria y el delito fiscal). La jurisdicción penal solo enjuicia los hechos desde la vertiente puramente delictiva que le compete. Pero, como tales hechos (o parte de ellos) también pueden ser enjuiciados desde la perspectiva administrativa sancionadora, en la que el orden penal no puede entrar, parece lógico y razonable que la Administración los enjuicie desde dicha perspectiva cuando los hechos no se hayan considerado delictivos y en el proceso penal no se haya negado su existencia o la participación en ellos del imputado (puede que no se demuestre que el conductor conducía «bajo la influencia de bebidas alcohólicas» en el sentido del art. 379.2 del Código Penal, pero sí con una tasa superior a 0,5 gr/l, que constituye una infracción administrativa muy grave, y no tiene por qué quedar sin castigo)⁶⁵. Son enjuiciamientos parciales y, por ello, resultan compatibles⁶⁶.

No creo que afirmar esto sea, como alguno me ha imputado, inventarse la realidad, sino describirla sin formalismos huecos, como, finalmente, aunque con otros argumentos, no ha tenido más remedio que reconocer el propio TEDH⁶⁷. Como ya se ha visto, en el asunto *A y B c. Noruega*, el TEDH, aunque considera que la vía más adecuada es enjuiciar las infracciones en un mismo procedimiento (la denominada única vía de sanción), reconoce que los Estados están legitimados para «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.

⁶⁵ Como señaló ya hace tiempo G. Quintero Olivares (1991: 281): «puede suceder que determinados aspectos de ese hecho, relevantes para el Derecho sancionador administrativo, carezcan de significación para el Derecho penal».

⁶⁶ La solución es la misma si, por la razón que sea, no se respetó la prevalencia de la vía penal y tras el procedimiento administrativo se inicia un proceso penal. Ni siquiera desde una perspectiva puramente naturalística de los hechos (en la medida en que sea posible hablar de tal) puede sostenerse que se están enjuiciando los mismos hechos. Como ha señalado certeramente M. Pérez Manzano (2018: 403), en los casos analizados por el TEDH de conducción bajo los efectos del alcohol o sin licencia con resultado de muerte o de alteración del orden con lesiones, los resultados lesivos (muerte y lesiones) no habrían sido abarcados por la sanción impuesta y, sin embargo, son aspectos de la realidad natural acaecida que derivan de la acción inicial pero que no pueden identificarse con ella, elementos naturales que podrían utilizarse para sostener que son hechos distintos, de modo que sin en el mismo marco espacio temporal tiene lugar una acción y se produce un resultado y este no es enjuiciado ni sancionado, podría defenderse que los hechos enjuiciados y sancionados en vía administrativa son diferentes de los que luego son juzgados en el ámbito penal.

⁶⁷ Véase, R. Alcácer Guirao (2013): «Si la realidad te estorba, inventa una realidad distinta» (p. 49).

121). Es evidente que lo ideal sería que la respuesta punitiva del Estado se encauzase en un solo procedimiento o por una única vía de sanción, pero esto no es realista y lo cierto es que la mayor parte de los Estados cuentan con procedimientos punitivos mixtos (administrativos y penales) para reforzar sus políticas de intervención.

Tras este nuevo enfoque, cuyo criterio —como ya se ha visto— ha sido ratificado en pronunciamientos posteriores, ya no creo que pueda sostenerse que las previsiones normativas que admiten un procedimiento administrativo sancionador tras uno penal absolutorio son contrarias a la vertiente procedimental del *non bis in idem*, pues cumplen sus requisitos de conexión material y temporal entre ambos procedimientos exigidos por la jurisprudencia de Estrasburgo⁶⁸.

Las soluciones ofrecidas recientemente por Estrasburgo (más aún, tras el asunto la *Sabalić c. Croacia*) y Luxemburgo podrían, incluso, dar cobertura a nuestra jurisprudencia constitucional según la cual, como ya se vio, no se vulnera el *non bis in idem* procedimental cuando se sanciona primero en vía administrativa y posteriormente se incoa un proceso penal por los mismos hechos en cuya condena se descuenta la sanción administrativa previamente impuesta⁶⁹. Al punto que en esta jurisprudencia europea se ha visto, yo creo que con razón, no ya sólo un diálogo europeo (en el que Estrasburgo ha atraído en esta ocasión a Luxemburgo), sino un reconocimiento (o incluso cierta influencia) de lo que el propio TC español declaró ya en su sentencia 2/2003 y el abogado General Cruz Villalón argumentó en sus conclusiones al asunto

⁶⁸ Por ello, valoran positivamente esta jurisprudencia, M. Pérez Manzano (2018: 413-414) y M. Gómez Tomillo (2020: 421, 433).

⁶⁹ Cuando las sanciones administrativas y las penas no son homogéneas, como ocurre en el asunto *Garlsson*, la técnica del descuento presenta dificultades. Si se trata de sanciones administrativas pecuniarias y penas privativas de libertad, M. Pérez Manzano (2018: 418, por nota) ha propuesto, a efectos de su descuento y compensación, convertir la multa en días de prisión o en días de trabajos en beneficio de la comunidad en caso de impago, todo ello de conformidad con lo que prevé el art. 53 del Código Penal. Pero esto no soluciona todos los problemas, ya que la concurrencia puede darse entre otras penas y sanciones diferentes y heterogéneas. Por eso, la misma autora, propone una reforma legal que permita a la jurisdicción penal anular la sanción administrativa en los casos en los que la Administración no ha respetado la prevalencia de la vía penal (p. 415). Como señala A. Huergo Lora (2008: 437-438, por nota), en Alemania estos problemas prácticos se evitan, precisamente, porque cuando la sanción administrativa es recurrida, del asunto entiende la jurisdicción penal, que, en su caso, puede anular la sanción administrativa para iniciar un proceso penal que acabe con la imposición de una pena. También considera que la nueva jurisprudencia europea ampara a la jurisprudencia constitucional, M. Gómez Tomillo (2020: 435 y ss.), aunque, en algunos supuestos, hace una interpretación extensiva de lo que permite esta jurisprudencia europea y llega a admitir soluciones que, en mi opinión, vulneran frontalmente el *non bis in idem*: por ejemplo, cuando admite la concurrencia de un proceso penal condenatorio y un procedimiento administrativo posterior en el que también se sanciona por los mismos hechos al mismo sujeto y con el mismo fundamento si el castigo resultante no es desproporcionado (pp. 444-445).

Akerberg sobre la toma en consideración en el segundo procedimiento de la sanción impuesta en el primero⁷⁰.

El resultado al que se llega es, desde luego, mucho más realista y flexible y, por eso, en algunos casos la solución final adoptada se puede compartir, pero la vía utilizada para ello a mi no me convence, pues se considera que hay un solo procedimiento (estructurado en dos fases) cuando realmente hay dos, o que el derecho fundamental se puede limitar si se cumplen determinados requisitos; es decir, se relativiza el *bis*, cuando, en realidad, lo que ocurre en algunos de los casos analizados, es que, o no estamos ante un *idem* (*Bajcic c. Croacia*) y, por tanto, se puede sancionar dos veces, o estamos ante un concurso de normas, pero se ha aplicado primero la administrativa que no abarca todo el desvalor del hecho (*A y B c. Noruega*, *Menci* y *Sabalic c. Croacia*) y lo que procedía es sancionar únicamente en el ámbito penal.

3.4. La necesidad de considerar los intereses jurídicos protegidos en el *idem* y el significado real de la triple identidad

Conviene, por ello, volver al punto de partida y definir rigurosamente cuándo estamos realmente ante «lo mismo», es decir, acotar debidamente el elemento *idem*, incluyendo en su definición los intereses jurídicos protegidos por las normas sancionadoras que se pretenden aplicar, y delimitar con precisión que es lo que ya ha sido enjuiciado en el primer procedimiento pues en los sistemas mixtos o de doble vía (penal y administrativo) el objeto no siempre coincide. Como se ha señalado, el análisis de tales intereses es el único que permite determinar, por un lado, las razones por las que un hecho está siendo enjuiciado en un procedimiento paralelo o sucesivo y, de otro, si el presunto infractor está siendo o no sancionado por las mismas razones. Salvo que se concluya que existe una identidad de los intereses jurídicos protegidos en los dos marcos normativos de que se trate, conviene permitir que ambos procedimientos se tramiten de forma paralela y no eliminar *de facto* uno de ellos como consecuencia de una interpretación amplia del *idem*⁷¹.

⁷⁰ M. Pérez Manzano (2018: 419), quien añade que en este caso «no puede dejar de entorsearse [...] *the Spanish connection*». En este sentido, debe tenerse en cuenta que la ponente de dicha sentencia fue la magistrada Casas Baamonde, que, precisamente, había firmado con el entonces presidente del Tribunal Cruz Villalón un importante voto particular a la sentencia 177/1999, sentencia esta que no admitió la técnica del descuento y declaró que si primero se impone una sanción en vía administrativa no puede luego iniciarse un proceso penal por los mismos hechos contra el mismo sujeto y con el mismo fundamento. Pero, como se vio (nota núm. 19), la STC 2/2003, en un claro ejemplo de *over ruling*, acogió la tesis contraria mantenida por el referido voto particular y consideró que, en tales casos, no se vulnera el *non bis in idem*.

⁷¹ Conclusiones del Abogado General Bobek al asunto *bpost* (apartado 132). Además, en el marco del CEDH, un entendimiento tal del *non bis in idem*, que permite

En consecuencia, el *non bis in idem* debe impedir, realmente, que un sujeto pueda ser sancionado (o enjuiciado) dos veces por los mismos hechos sobre la base del mismo interés jurídico protegido. Pero conviene analizar detenidamente el requisito de las tres identidades y su significado real⁷².

En rigor, no es preciso que concurra una identidad en la totalidad de los hechos, sino que es suficiente, como ya se adelantó, con una superposición parcial de los hechos en la que haya identidad. Por eso, la prohibición también impide sancionar unos hechos punibles que ya están incluidos (y sancionados) en otros que abarcan el total desvalor del hecho (porque ya incluye toda su antijuridicidad y culpabilidad), como ocurre con los denominados delitos en progresión criminal y las infracciones en igual relación, que pueden dar lugar a los denominados actos anteriores impunes, o con los delitos que absorben el total desvalor de otros (el asesinato el del homicidio) de infracciones administrativas (por ejemplo, en materia tributaria la defraudación a Hacienda o en materia de tráfico la conducción bajo los efectos del alcohol)⁷³. Por la misma razón, se excluye la posibilidad de utilizar como agravante una circunstancia que ya se ha tenido en cuenta como elemento constitutivo de la infracción o factor determinante de la sanción, tal y como prohíben expresamente algunas normas⁷⁴.

en los supuestos de concurso ideal la dualidad de sanciones penales y administrativas por los mismos hechos, presenta menos obstáculos a la ratificación por parte de los Estados del art. 4 del Protocolo 7 que el criterio, más amplio, del *idem factum*, el cual siempre impide la doble vía punitiva. Recuértese que la falta de ratificación y las reservas al Protocolo por parte de muchos Estados obedecen, esencialmente, al deseo de mantener dicha dualidad punitiva.

⁷² Algunos autores han señalado que el requisito de la triple identidad constituye solo una explicación parcial, aproximativa y puede que hasta perturbadora de cuándo está prohibido sancionar o enjuiciar lo mismo (M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, 2005: 626; A. Nieto García, 2012: 469, 472), pero, como se ha respondido, es la que mejor satisface en la actualidad los problemas de definición del *idem* y la que está asentada en la doctrina y en la jurisprudencia (L. Alarcón Sotomayor, 2008: 54).

⁷³ Lo señala perfectamente, por ejemplo, la STC 2/2003, respecto de la relación entre la infracción administrativa de conducir con tasas de alcohol superiores a las permitidas y el delito de conducción bajo la influencia del alcohol: «ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común —conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas—, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma acumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo [...]. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de la ilicitud de la infracción administrativa» [FJ 5.c)]. En la doctrina, M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (2005: 628, por nota).

⁷⁴ En nuestro Derecho interno, por ejemplo, el art. 67 del Código Penal, el art. 180 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, o el art. 31.1 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Sobre el tema, M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (2005: 628, por nota); L. Alarcón Sotomayor (2008: 39); T. Cano Campos (2018: 62-63); A. Bueno Armijo (2021: 278).

El *non bis in idem* también prohíbe que el legislador cree un tipo infractor autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un nuevo hecho infractor (por ejemplo, constituye infracción muy grave el hecho de haber sido sancionado más de dos veces por dos infracciones graves o una muy grave»), pero no impide que el legislador pueda prever la reincidencia en las infracciones como circunstancia agravante y, por tanto, castigar una conducta ilícita posterior del mismo sujeto de forma más dura, pues en estos casos «no concurre una identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de manera más severa por la aplicación de la referida agravante»⁷⁵. Si no se trata de los mismos hechos (concurso real de infracciones) se pueden sancionar todas las infracciones cometidas. El tiempo y el espacio constituyen, obviamente, elementos relevantes para determinar la identidad de los hechos⁷⁶.

En cuanto a la identidad de fundamento o de los intereses jurídicos protegidos, si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (concurso ideal de infracciones) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones⁷⁷. Por bien jurídico ha de entenderse el interés jurídico protegido por la norma sancionadora vulnerada: la integridad física, la salud, la seguridad ciudadana, la protección de los consumidores, la defensa de la competencia, el medio ambiente, el patrimonio histórico, la integridad y adecuada utilización de los bienes públicos, el correcto funcionamiento de la Administración, etc. Como ha señalado el Abogado General Bobek, la definición del interés jurídico protegido a efectos del art. 50 de la Carta no puede reproducir etiquetas o particularidades jurídicas nacionales y los Estados no pueden eludir la aplicación del *non bis in idem* mediante la mera introducción en su ordenamiento nacional de infracciones poco habituales, pues en tales casos el interés jurídico protegido debe ser reformulado, a la luz de los hechos de la infracción supuestamente cometida, a un adecuado nivel de abstracción, tal y como se hace para apreciar la doble incriminación en la cooperación judicial en materia penal⁷⁸.

⁷⁵ SSTC 188/2005 (FJ 4), 86/2017 [FJ 5.d)].

⁷⁶ Como puede verse en las conclusiones del Abogado General Bobek al asunto *Nordzucker y otros* (C-151/20): «El art. 50 de la Carta se opone a que una ANC [Autoridad Nacional de Competencia] o un órgano jurisdiccional sancione una conducta contraria a la competencia que ya ha sido objeto de un procedimiento anterior concluido mediante resolución firma adoptada por otra ANC. Sin embargo, dicha prohibición únicamente se aplica en la medida en que el ámbito de aplicación temporal y geográfico del objeto de ambos procedimientos sea el mismo» (apartado 87).

⁷⁷ Un ejemplo de concurso ideal puede ser, precisamente, el analizado en el asunto *bpost*, en el que los mismos hechos afectan, de un lado, al objetivo de liberalizar el mercado interior de los servicios postales y, de otro, a la libre competencia.

⁷⁸ Conclusiones al asunto *bpost* (apartado 139). Véanse también sus conclusiones al asunto *Grundza* (C-289/15), presentadas el 28 de julio de 2016 (apartados 69-76).

En definitiva, lo que el *non bis in idem* prohíbe es la consideración múltiple o plural del *mismo* y *único* reproche punitivo que el ordenamiento jurídico hace sobre un hecho. En rigor, no se prohíbe que se realice *mas de un reproche punitivo a un determinado hecho* (pues un hecho puede ser objeto de diferentes valoraciones a efectos sancionadores por parte del ordenamiento jurídico: concurso ideal), sino *que se considere más de una vez el mismo reproche punitivo*, el cual, sin embargo, puede estar previsto o formulado en varias normas sancionadoras (concurso conflictivo de normas).

En el concurso de normas hay una sola infracción, una sola vulneración de la norma sancionadora, pues, en realidad, el contenido de ilícito de un hecho punible y el reproche que merece ya está contenido en otra. Lo que ocurre es que la misma infracción aparece formulada o descrita en varias normas (quizá en distintos grados de concreción y, por tanto, de determinación de las consecuencias jurídicas), pero solo hay una ley en el sentido de *determinación* de la infracción. Como solo se ha realizado una infracción —formulada varias veces— el concurso únicamente existe aparentemente y solo hay una ley que pueda ser aplicada, pues si se aplicasen todas las leyes concurrentes se llegaría a una imputación multiplicada y a un castigo repetido del único suceso infractor⁷⁹. Lo que es único sería tratado y castigado como plural.

4. EL FUNDAMENTO DEL *NON BIS IN IDEM*

4.1. El principio de proporcionalidad: ¿fundamento o consecuencia de la prohibición?

Todo lo anterior enlaza, creo, con el fundamento último de la prohibición, tema al que, para concluir, me voy a referir muy sintéticamente.

La verdad es que al *non bis in idem* se le han asignado casi tantos fundamentos como autores se han ocupado del tema: la cosa juzgada, la seguridad jurídica, el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de proporcionalidad, el principio de legalidad, la tipicidad, la interdicción de la arbitrariedad, etc.⁸⁰. Algunos autores aluden a un fundamento múltiple del principio, mientras que otros diferencian el fundamento en función de su vertiente sustantiva o procedimental⁸¹.

⁷⁹ G. Jakobs (1999: 1049).

⁸⁰ Véase una síntesis de todo ello, con los diversos autores que aluden a uno u otro fundamento, en L. Alarcón Sotomayor (2008: 23-28).

⁸¹ Sobre lo primero, J. A. E. Vervaele (2014: 5); sobre lo segundo, M. Aguilera Morales (2006: 483-484) y M. Pérez Manzano (2018: 385). Para L. Alarcón Sotomayor (2008: 28) la diversidad de fundamentos que le atribuyen los autores se debe a que, en realidad, se está pensando en diversas reglas, todas ellas aludidas como *non bis in idem*.

En este momento solo quiero centrarme en el hecho de que, en la jurisprudencia y en la opinión de diversos autores, trasluce, o se afirma abiertamente, que el fundamento del *non bis in idem* material reside en el principio de proporcionalidad. Es claro que, si partimos del reconocimiento de la prohibición, la imposición de dos sanciones por lo mismo resulta desproporcionada, pues se supone que una de ellas ya abarca todo el reproche o desvalor que merece el hecho. La primera tuvo que ser la sanción mínima necesaria. Pero esto es *un posterius*, pues se activa *ex post* cuando la prohibición ya está consagrada, por lo que no puede ser su fundamento.

Si se considera que el fundamento del *non bis* reside en el principio de proporcionalidad, podría entenderse, por ejemplo, que la imposición de una sanción penal y otra administrativa (o dos administrativas previstas en normas diferentes) por la comisión de la misma infracción no siempre ha de estar prohibida, ya que no siempre tiene por qué resultar desproporcionada con relación a la gravedad del hecho realizado. Podría afirmarse así que, del mismo modo que las normas penales pueden prever varias penas para un solo delito, o las administrativas varias sanciones para una única infracción, el legislador también puede fragmentar su respuesta sancionadora en dos normas diferentes, que podrían aplicarse de forma acumulada (por autoridades diferentes o por la misma autoridad) siempre que las sanciones resultantes no sean desproporcionadas. Se trasladaría así a la Administración y a los Tribunales la carga de determinar *ex post* caso por caso cuándo la acumulación de las sanciones previstas para la misma infracción por las diferentes normas resulta desproporcionada y, por tanto, contraria al derecho fundamental, pues la proporcionalidad de la limitación resultante depende de las circunstancias de cada caso. Y, desde la perspectiva del ciudadano, que es, en último término, de lo que se trata, no se le garantizaría, con el adecuado grado de certeza y previsibilidad, si puede ser o no enjuiciado o sancionado de nuevo por lo mismo, por lo que, tras un primer enjuiciamiento (con o sin sanción) no tendería la certeza de que el asunto ha quedado definitivamente cerrado.

4.2. El principio de legalidad y la funcionalidad excluyente de las normas sancionadoras

El fundamento último del *non bis in idem* reside más bien, en mi opinión, en la funcionalidad excluyente del principio de legalidad. Me explico.

Cuando un comportamiento se tipifica como infracción se hace con la pretensión de agotar todo el reproche punitivo que merece desde el punto de vista de los intereses públicos que se persiguen mediante la amenaza de sanción. La sanción o las sanciones que para ello se prevén constituyen el reproche punitivo que se considera proporcionado y necesario. La sanción asignada a cada ilícito expresa así el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a un hecho desde una determinada perspectiva, lo que excluye la aplicación con-

junta de las normas que incluyan ese mismo desvalor. Por consiguiente, los tipos penales y administrativos no solo desempeñan una función garantizadora negativa determinando a contrario ámbitos de libertad de las personas, sino también positiva, asegurando que para los hechos en ellos subsumibles no han de producirse consecuencias punitivas diversas a las previstas. La pretensión de volver a sancionar una determinada ilicitud vulnera el principio de legalidad ya que supone, de forma indirecta, rebasar los límites de la sanción prefijados⁸². Dicho de otro modo, «aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada»⁸³.

El *non bis in idem*, en definitiva, es un postulado de justicia intuitivo y universal, que impide, y no solo en el ámbito punitivo, tratar lo que es único como plural. Como recordaba el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus conclusiones al asunto *Gözütok*, hasta el genial Cervantes se preocupó de que sus personajes respetaran el principio que nos ocupa.

Así, cuando don Quijote, herido durante un duelo, clamaba venganza por su celada rota, Sancho le dio este sabio consejo:

*«Advierta vuestra merced, señor don Quijote, que si el caballero cumplió lo que se le dejó ordenado de irse a presentar ante mi señora Dulcinea del Toboso, ya habrá cumplido con lo que debía, y no merece otra pena si no comete nuevo delito. Has hablado y apuntado muy bien, —respondió don Quijote— y, así, anuló el juramento en cuanto a lo que toca a tomar dél nueva venganza»*⁸⁴.

FUENTES CITADAS

A. Bibliografía

- Aguilera Morales, M. (2006). El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, 20, 479-531.
- Alarcón Sotomayor, L. (2008). *La garantía del non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Iustel.
- Alarcón Sotomayor, L. (2010). El *non bis in idem* como principio general del Derecho». En J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (387-426). La Ley.

⁸² En este sentido, R. García Albero (1995: 82-83), para quien la predeterminación normativa de la sanción a imponer es tan consustancial al principio de legalidad como lo es la propia predeterminación de sus presupuestos (la infracción).

⁸³ STC 154/1990 (FJ 3), que añade lo siguiente: «Dicha reacción ha de considerarse “autosuficiente” desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infringirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido».

⁸⁴ Primera Parte, Capítulo X (*De lo que más le avino a don Quijote con el vizcaíno y del peligro en que se vio con una caterva de yangüeses*). Cito por la edición del Instituto Cervantes conmemorativa del cuarto centenario de la publicación, dirigida por Francisco Rico, Galaxia Gutenberg, 2005, p. 127.

- Alcácer Guirao, R. (2013). El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in ídem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional. *Justicia Administrativa*, 61, 25-52.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). CEPC.
- Alonso García, R. (2014). *Sistema jurídico de la Unión Europea* (4ª ed.). Civitas-Thomson Reuters.
- Alonso García, R. (2020). A vueltas con el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. *Revista Española de Derecho Europeo*, 73-74, 13-20.
- Arzoz Santisteban, X. (2010). Unión Europea y sistema sancionador. En B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (1225-1245). Madrid.
- Atienza Rodríguez, M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (4ª reimpresión). Ariel.
- Barcelona Llop, J. (2020). Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho y Sociedad*, 54, 187-209.
- Bouazza Ariño, O. (2021). El concepto autónomo de sanción en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos, *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (309-333). Aranzadi.
- Bueno Armijo, A. (2021). El principio *non bis in ídem* en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos, *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (271-307). Aranzadi.
- Calvo Caravaca, A. L. (2017). El principio *ne bis in ídem* en el Derecho europeo de la competencia (a propósito de la STJUE 14 de febrero 2012, Toshiba, C-17/10. En L. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández-del Castillo* (281-315), Tomo I, Tirant lo Blanch.
- Cano Campos, T. (2001). Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, 156, 191-250.
- Cano Campos, T. (2014). *Las sanciones de tráfico*. Civitas Thomson Reuters.
- Cano Campos, T. (2018). *Sanciones administrativas*. Lefebvre.
- Carpio Briz, D. (2012). Europeización y reconstrucción del non bis in ídem -efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia, de 10 de febrero de 2009. En S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dirs.), *Constitución y Sistema penal* (223-244). Marcial Pons.
- Carrió, G. R. (1990). *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot.
- Cedeño Hernán, M. y Aguilera Morales, M. (2008). El “principio” *non bis in ídem* a la luz de la jurisprudencia del TJUE. En A. de la Oliva Santos (dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (187-241). Colex,
- Cedeño Hernán, M. y Aguilera Morales, M. (2011). El *non bis in ídem* en la unión europea y su interpretación por el tribunal de justicia. *Archivo Penale*, 3, 1-28.
- Chinchilla Marín, C. (2014). La audiencia pública en el procedimiento administrativo sancionador y la prohibición de iniciar actuaciones penales por unos hechos que ya han sido sancionados por la Administración: dos exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la STEDH de 4 de marzo de 2014. En M. Rebollo Puig, M. López Benítez y E. Carbonell Porras (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al profesor Luíscoscolluela* (791-815). Marcial Pons.
- Cobrerros Mendazona, E. (2020). El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional. *Revista Vasca de Administración pública*, 118, 17-48.

- De la Oliva Santos, A., Aragoneses Martínez, S., Hinojosa Segovia, R., Muerza Esparza, J. y Tomé García, J. A. (2007). *Derecho procesal penal* (8ª ed.). Ceura.
- De la Oliva Santos, A. (2008). La regla *Non bis in ídem* en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas. En A. de la Oliva Santos (dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (167-185). Colex.
- Fuentetaja Pastor, J. A. (2021). La potestad sancionadora de la Unión Europea: fundamento y alcance. En M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos, *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (227-269). Aranzadi.
- García Albero, R. (1995). *Non bis in ídem» material y concurso de leyes penales*. Cedecs.
- Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. (1987). *Derecho procesal penal* (10ª ed). UCM.
- Gómez Tomillo, M. (2020). *Non bis in ídem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH. *InDret* 2/2020, 421-456.
- Guillén Caramés, J. (2021). Las sanciones a representantes legales de las empresas y sus directivos por infracciones del Derecho de la competencia. En, M. Rebollo Puig, A. Huergo Lora, J. Guillén Caramés y T. Cano Campos, *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021* (745-788). Aranzadi.
- Iglesias Sánchez, S. (2013). TJUE-Sentencia de 26.2.2013 (Gran Sala)- Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson, asunto C-617/10 “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- Ámbito de aplicación- Artículo 51-Aplicación del Derecho de la Unión- Artículo 50- Principio *Non bis in ídem*”. La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46, 1157-1175.
- Jakobs, G. (1999). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. (traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Marcial Pons.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2021). *Principios penales democráticos*. Iustel.
- López Guerra, L. (2019). “Ne bis in ídem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Europeo*, 69, 9-26.
- López Guerra, L. (2020). «La carta de los Derechos fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 385-406.
- Lozano Cutanda, B. (2020). «La sentencia “Saquetti Iglesias c. España” impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, 213, 181-207.
- Martínez Cantón, S. y Pérez Cordon, R. (2020). La identidad de procedimientos en el principio *non bis in ídem* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 52, 73-92.
- Nieto García, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5ª ed.). Tecnos.
- Nieto Martín, A. (2001). El derecho sancionador administrativo comunitario. *Justicia Administrativa*. Número extraordinario (ejemplar dedicado a infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 259-277.
- Pascua Mateo, F. (2017). *Las sanciones en serio: hacia un derecho administrativo sancionador común europeo en el mercado de valores*. Aranzadi.
- Peiteado Mariscal, P. (2006). *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*. Colex.
- Pérez Manzano, M. (2002). *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*. Tirant lo Blanch.
- Pérez Manzano, M. (2016). La prohibición de incurrir en *bis in ídem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Lu-

- xemburgo a Estrasburgo). M. Pérez Manzano y J. A. Lascuraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal* (149-200). Marcial Pons.
- Pérez Manzano, M. (2018). *The Spanish Connection: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in ídem*, en A. González Alonso y S. Oubiña Barbolla, *El vértice de los sistemas judiciales*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid núm. 22 (383-420). BOE.
- Quintero olivares, G. (1991). «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal. Revista de Administración Pública, 125, 253-293.
- Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (2005). El régimen de infracciones y sanciones. En G. Fernández Farreres (dir.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones* (597-702). Civitas.
- Rebollo Puig, M. (2010). Los principios generales del Derecho (atreimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción). EN J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (1521-1583). La Ley.
- Rebollo Puig, M. (2017). Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores. En L. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tomo I (1041-1078). Tirant lo Blanch.
- Rebollo Puig, M. y otros (2021). Derecho administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 213, 179-239.
- Soldevilla Frago, S. (2020). Asunto Saquetti v. España. STEDH de 30 de junio de 2020», *Actualidad Administrativa*, 9.
- Sarmiento, D. (2007). El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (coords.). *El principio ne bis in ídem en el Derecho penal europeo e internacional* (37-64). Universidad de Castilla-La Mancha.
- Sarmiento, D. (2016). *Ne bis in ídem* in the Case Law of European Court of Justice. En B. Van Bockel, *Ne bis in ídem in EU Law* (53-102). Cambridge University Press.
- Sarmiento, D. (2020). *El Derecho de la Unión Europea* (3ª ed.). Marcial Pons.
- Velasco Caballero, F. (2018). <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/04/>.
- Vervaele, J. A. E. (2014). *Ne bis in ídem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?* *InDret* 1/2014.

B. Legislación y jurisprudencia

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.
- Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- Protocolo número 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1 de noviembre de 1984.
- Tratado de la Unión Europea (versión consolidada). DOUE C 202 (7 jun. 2016).
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. DOUE C 202 (7 jun. 2016).
- Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. DOCE (22 sep. 2000).
- Reglamento (CE, Euratom) núm. 2988/95, del Consejo de 18 de diciembre, sobre los intereses financieros de las Comunidades Europeas. DOCE L 312/1 (23 dic. 1995).

- Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE L1/1 (4 ene. 2003).
- Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. DOCE L 190/1 (18 jul. 2002).
- Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, 24 nov. 1995).
- Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE núm. 77, 31 mar. 2015).
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE núm. 276, 18 de nov. 2003).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, 18 dic. 2003).
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE núm. 240, 5 oct. 2011).
- Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE núm. 310, 27 dic. 2013).
- Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras (BOE núm. 234, 30 sep. 2015).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, 2 oct. 2015).
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (BOE núm. 176, 24 jul. 2001).
- Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 177, 25 jul. 2015).
- Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 261, 31 oct. 2015).
- Sentencia TEDH (1976). *Engel y otros c. Países Bajos*. ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071.
- Sentencia TEDH (1995). *Gradinger c. Austria*. ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001596390.
- Sentencia TEDH (1998). *Oliveira c. Suiza*. ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002571194.
- Sentencia TEDH (1999). *Ponsetti y Chesnel c. Francia*. ECLI:CE:ECHR:1999:0914DEC003685597.
- Sentencia TEDH (2000). *RT c. Suiza*. ECLI:CE:ECHR:2000:0530DEC003198296.
- Sentencia TEDH (2001). *Franz Fischer c. Austria*. ECLI:CE:ECHR:2001:0529JUD003795097.
- Sentencia TEDH (2005). *Nilsson c. Suecia*. ECLI:CE:ECHR:2005:1213DEC007366101.
- Sentencia TEDH (2007). *Böheim c. Italia*. ECLI:CE:ECHR:2007:0522DEC003566605.
- Sentencia TEDH (2009). *Zolotoukhine c. Rusia*. ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903.
- Sentencia TEDH (2011). *Tomasovic c. Croacia*. ECLI:CE:ECHR:2011:1018JUD005378509.
- Sentencia TEDH (2014). *Muslija c. Bosnia Herzegovina*. ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003204211.
- Sentencia TEDH (2014). *Trabelsi c. Bélgica*. ECLI:CE:ECHR:2014:0904JUD000014010.
- Sentencia TEDH (2014). *Grande Stevens y otros c. Italia*. ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010.
- Sentencia TEDH (2016). *A y B c. Noruega*. ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011.
- Sentencia TEDH (2016). *Rivard c. Suiza*. ECLI:CE:ECHR:2016:1004JUD002156312.
- Sentencia TEDH (2020). *Saquetti Iglesias c. España*. ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD005051413.
- Sentencia TEDH (2020). *Bajcic c. Croacia*. ECLI:CE:ECHR:2020:1008JUD006733413.
- Sentencia TEDH (2021). *Sabalić c. Croacia*. ECLI:CE:ECHR:2021:0114JUD005023113.

- Sentencia TJUE (1966). *Gutmann*, 18/65 y 35-65. ECLI: EU:C:1965:41.
- Sentencia TJUE (1969). *Wilhem y otros*, 14/68. ECLI: EU:C:1969:4.
- Sentencia TJUE (1972). *Boehringer*, C-7/72. ECLI: EU:C:1972:125.
- Sentencia TJUE (2002). *Limburgse Vinyl Maatschappij*, C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99, C-252/99 y C-254/99]. ECLI: EU:C:2002:582.
- Sentencia TJUE (2003). *Gözütok y Brugge* (C-187 y 385/01), ECLI: EU:C:2003:87.
- Sentencia TJUE (2004). *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00. ECLI: EU:C:2004:6.
- Sentencia TJUE (2004). *Van Esbroeck*, C-436/04. ECLI: EU:2006:165.
- Sentencia TJUE (2005). *Miraglia*, C-469/03. ECLI: EU:C:2005:156.
- Sentencia TJUE (2006). *Gaparini y otros*, C-467/04. ECLI: EU:C:2006:610.
- Sentencia TJUE (2006). *Van Straaten*, C-105/05. ECLI: EU:C:2006:614.
- Sentencia TJUE (2007). *Kraaijenbrink*, C-367-05. ECLI: EU:C:2007:444.
- Sentencia TJUE (2007). *Kretzinger*, C-288/05. ECLI: EU:C:2007:441.
- Sentencia TJUE (2010). *Toshiba Corporation y otros*, C-17/10. ECLI: EU:C:2012:72.
- Sentencia TJUE (2012). *Bonda*, C-489/10. ECLI: EU:C:2012:319.
- Sentencia TJUE (2013). *Akerberg Fransson*, C-617/10. ECLI: EU:C:2013:105.
- Sentencia TJUE (2018). *Menci*, C-524/15. ECLI: EU:C:2018:197.
- Sentencia TJUE (2018). *Carlsson*, C-537/16. ECLI: EU:C:2018:193.
- Sentencia TJUE (2018). *Di Puma*, C-596/16 y C-597/16. ECLI: EU:C:2018:192.
- Sentencia TJUE (2021). *Slovak Telecom*, C-857/19. ECLI: EU:C:2021:139.
- Conclusiones AG Ruiz-Jarabo (2006). *Van Straaten*, C-159/05. ECLI: EU:C:2006:318.
- Conclusiones AG Ruiz-Jarabo (2005). *Van Esbroek*, C-436/04. ECLI: EU:C:2005:630.
- Conclusiones AG Kokott (2011). *Toshiba Corporation y otros*, C-17/10. ECLI: EU:C:2011:552.
- Conclusiones AG Cruz Villalón (2012). *Akerber Fransson*, C-617/10. ECLI: EU:C:2012:340.
- Opinión AG Jääskinen (2014). *Zoran Spasic*, C-129/14. ECLI: EU:C:2014:739.
- Conclusiones AG Campos Sánchez-Bardona (2017). *Menci*, C-524/15. ECLI: EU:C:2017:667.
- Conclusiones AG Bobek (2016). *Grundza*, C-289/15. ECLI: EU:C:2016:622.
- Conclusiones AG Bobek (2021). *Bpost*, C-117/20. ECLI:EU:C:2021:680.
- Conclusiones AG Bobek (2021). *Nordzucker y otros*, C-151/20. ECLI: EU:C:2021:681.
- Sentencia TC 2/1981 (30 ene.). ECLI:ES:TC:1981:2.
- Sentencia TC 159/1985 (27 nov.). ECLI:ES:TC:1985:159.
- Sentencia TC 154/1990 (15 oct.). ECLI:ES:TC: 1990:154.
- Sentencia TC 234/1991 (10 dic.). ECLI:ES:TC:1991:234.
- Sentencia TC 270/1994 (17 oct.). ECLI:ES:TC:1994:270.
- Sentencia TC 177/1999 (11 oct.). ECLI:ES:TC:1999:177.
- Sentencia TC 2/2003 (16 ene.). ECLI:ES:TC:2003:2.
- Sentencia TC 188/2005 (7 jul.). ECLI:ES:TC:2005:188.
- Sentencia TC 334/2005 (20 dic.). ECLI:ES:TC:2005:334.
- Sentencia TC 48/2007 (12 mar.). ECLI:ES:TC:2007:48.
- Sentencia TC 77/2010 (19 oct.). ECLI:ES:TC:2010:77.
- Sentencia TC 86/2017 (4 jul.). ECLI:ES:TC:2017:86.

