

THE SPANISH CONNECTION: LOS CAMINOS DEL DIÁLOGO EUROPEO EN LA CONFIGURACIÓN DEL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN *BIS IN IDEM* (1)

Mercedes PÉREZ MANZANO *

Resumen

Este trabajo se ocupa del recorrido que la prohibición de incurrir en bis in idem ha tenido en los últimos veinte años en la jurisprudencia constitucional española y en la europea, al constituir un ejemplo paradigmático del diálogo judicial entre máximos tribunales nacionales e internacionales. En el mismo se ponen de relieve los vaivenes de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las incoherencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las vías de convergencia entre ambas. Asimismo, el trabajo se refiere a la influencia indirecta del voto particular a la STC 177/1999 en la interpretación restrictiva del ne bis in idem realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 15 de noviembre de 2016. Al hilo de todo ello se argumenta en favor de una comprensión restrictiva del alcance de este derecho fundamental.

Palabras clave

Ne bis in idem; protección multinivel; derechos fundamentales; cosa juzgada.

Abstract

This paper dealt with the Spanish and European case law related to the principle of Ne bis in idem in the last twenty years as a paradigmatic example of judicial dialogue among national and international highest courts. It stands out the ECtHR case law's swinging, the CJEU case law's inconsistencies and the substantial alignment of the case law of both European Courts. It also points out the indirect influence of the dissenting opinion to the Spanish Constitutional Court Judgment 177/1999 over the new restrictive interpretation of Ne bis in idem principle made by the ECHR Judgment of 15 November 2016. In light of this thought this article argues in favor of the restrictive understanding of the scope of this fundamental right.

(1) Dado que el texto tiene su origen en la conferencia que impartí en las jornadas anuales del Anuario de la Facultad de Derecho, he decidido mantener en lo sustancial la estructura y contenido de mi participación.

* Catedrática de Derecho Penal UAM, mercedesp.manzano@uam.es.

Key words

Ne bis in idem; double jeopardy; multilevel protection; fundamental rights; finally decision; res iudicata.

SUMARIO: I. Introducción. II. Un Derecho generalmente reconocido, con un dispar contenido. III. El estándar en la jurisprudencia constitucional española. 1. Rasgos generales. 2. El presupuesto de la prohibición: la identidad. 3. La reiteración prohibida y el descuento de la sanción. 4. Las limitaciones a la aplicación de la prohibición de doble enjuiciamiento. IV. El encaje europeo de la doctrina constitucional sentada en la STC 2/2003. 1. El estándar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. El estándar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. V. La primera convergencia de la jurisprudencia europea (de Luxemburgo a Estrasburgo). 1. La jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. La jurisprudencia posterior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Algunas incongruencias en los niveles de protección interno e internacional. A) Un estándar europeo más protector (superior). B) Un estándar europeo menos protector (inferior). C) Una dudosa conclusión y una cierta esperanza. VI. Pegando los platos rotos: la segunda convergencia de la jurisprudencia europea (de Estrasburgo a Luxemburgo). 1. La admisión de cierta dualidad de procedimientos en Estrasburgo. 2. La admisión de cierta dualidad sancionadora en Luxemburgo: el test del artículo 52.1 CDFUE.

I. INTRODUCCIÓN

1. La prohibición de incurrir en *bis in idem* contiene un mandato dirigido al Estado de no reiterar el *Ius Puniendi* sobre los mismos hechos, en el mismo sujeto con base en el mismo fundamento, lo que incluye tanto la reiteración de persecución o enjuiciamiento en procesos sancionadores, como la duplicidad sancionadora misma. Cuando en el año 2002 publiqué la monografía «La prohibición de incurrir en *bis in idem*», sostuve que este principio estaba llamado a jugar un papel relevante en los años posteriores debido a que la expansión del Derecho Penal generaba un incremento del riesgo de duplicidad sancionadora al aumentar los sectores en los que coinciden las normas administrativas sancionadoras y la regulación penal. Sin embargo, en aquel momento no fui capaz de prever la importancia que este principio iba a adquirir en los siguientes años en el diálogo entre los tribunales europeos, en cuyo marco le ha correspondido un papel estelar. Tampoco vislumbé la incidencia que la jurisprudencia constitucional española (2) tendría en la configuración del alcance de la prohibición en los propios tribunales europeos. Este papel estelar en el diálogo entre tribunales europeos no es casual, pues el aumento de las situaciones en las que pueden concurrir sanciones y procedimientos sancionadores, internos e internacionales (3), constituye el caldo de cultivo idóneo para evidenciar

(2) En realidad, alguno de sus actores principales como a continuación veremos.

(3) Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse: 1. Concurrencia de sanciones de un mismo Estado, sean administrativas y/o penales. 2. Concurrencia de sanciones de varios Estados de la Unión Europea, sean administrativas y/o penales en las que se aplique el Derecho de la Unión Europea. 3. Concurrencia de sanciones de varios Estados de la Unión Europea, sean administrativas y/o

las discrepancias existentes en los estándares de protección nacionales e internacionales de este derecho fundamental.

Objetivo central de este trabajo es dar cuenta de dicha disparidad y del sinuoso camino recorrido por la jurisprudencia de los tribunales europeos (TEDH y TJUE) en la asignación del contenido y alcance que le corresponde a la prohibición. A partir de este hilo conductor, expondré mi opinión sobre los elementos básicos de este derecho, que, sustancialmente, no he variado desde 2002.

2. La principal conclusión de la monografía que realicé en 2002 residió en que era necesario separar las dos dimensiones, facetas o prohibiciones, que se incluyen en ella, la procesal y la sancionadora, porque obedecen a fundamentos distintos y, por tanto, deben ser sometidos a requisitos diferentes. La pretensión de mantener un único derecho bajo un mismo conjunto de condiciones produce serias distorsiones, en mi criterio, insalvables. En particular, sostuve que la prohibición de doble proceso se conecta con la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa integrante del derecho al proceso con todas las garantías; mientras que la prohibición de doble sanción, que puede conectarse con el derecho a la legalidad penal, tiene su fundamento en el principio de proporcionalidad. Es la diferente lógica que imponen sus distintos fundamentos la que convierte en imposible su tratamiento unitario, de modo que no queda más remedio que tomar la decisión de otorgar prioridad a un aspecto u otro de la prohibición, si no nos decidimos por desdoblarla, y ubicar la faceta procesal bajo la cobertura de otro derecho fundamental, como el propio derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión o el derecho al proceso con todas las garantías. Mientras este desdoblamiento no se produzca, creo que debe otorgarse prioridad a la dimensión sancionadora real y a la Jurisdicción penal en los casos en que las dos facetas entran en conflicto, como ya defendí en 2002 (4). Se ha de recordar que esta prioridad de la Jurisdicción penal se ha plasmado en la legislación que regula las relaciones entre la potestad sancionadora de la Administración y el orden penal en España al establecerse que el procedimiento sancionador debe paralizarse hasta tanto no haya finalizado el procedimiento penal; y que la fijación de los hechos realizada en el proceso penal es inmutable y constituye el presupuesto de la calificación jurídica de los hechos que puede realizar la Administración cuando reanude el procedimiento en el caso de que el proceso penal haya finalizado con una resolución que declare que los hechos no eran constitutivos de delito (5).

penales, en las que no se aplique el Derecho de la Unión Europea. 4. Concurrencia de sanciones administrativas nacionales y de sanciones de las instituciones sancionadoras de la Unión Europea. 5. Concurrencia de sanciones de países no pertenecientes a la Unión Europea y de las instituciones sancionadoras de la Unión Europea. 6. Concurrencia de sanciones de varios Estados europeos, no perteneciendo alguno de ellos a la Unión Europea. 7. Concurrencia de penas estatales y de penas impuestas por Tribunales penales internacionales.

(4) PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 56 y ss.

(5) El modelo español ha estado regulado hasta 2015, en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que en su artículo 7 establecía «1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. / En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial

3. No es esta, sin embargo, la forma habitual de enfrentarse al derecho, pues los convenios internacionales regulan el derecho de forma unitaria exigiendo la sustanciación de dos procedimientos y una primera resolución firme como condición del reconocimiento de la lesión del derecho también en su dimensión sancionadora (6). Esta forma de configurar el derecho supone la prioridad de la prohibición de doble proceso sobre la prohibición de doble sanción, y una restricción de la propia prohibición de doble proceso al exigir que uno de ellos haya ya finalizado con una resolución firme. En primer término, la priorización del *bis*

comunicación sobre las actuaciones adoptadas. / 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial. / 3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien». La Disposición final derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su número 2.e) contempló la derogación del citado Reglamento sin que hasta la fecha se haya sustituido. No obstante, se ha de entender que el modelo no ha sufrido variaciones, al menos con la consciencia del legislador. De un lado, la exposición de motivos no se refiere a ningún cambio en el modelo. De otro, la regla de la vinculación a la declaración de hechos probados realizada en la jurisdicción penal se ha incorporado en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En tercer lugar, se prevé la suspensión del plazo para resolver en el artículo 22.1.g) de dicha ley «cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado». Por último, la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen del Sector Público, establece en su artículo 31 que «1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. / 2. Cuando un órgano de la Unión Europea 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, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción». Más allá de estas reglas comunes, habrá que estar a lo que la legislación sancionadora sectorial establezca y también en relación con las sanciones tributarias y aduaneras, las dictadas en el orden social, tráfico y seguridad vial y extranjería, respecto de los cuales la Disposición Adicional Primera, 2.c) declara expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la ley 39/2015. En principio la legislación sectorial se mantiene en las reglas generales. Cfr. Artículo 32 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario. La doctrina parece partir de que no hay novedades en esta materia. Cfr: LOZANO, B., «La nueva legislación básica de las sanciones administrativas: visión general y tabla de concordancias y novedades», *La Ley 2015*, disponible en [\(6\) El artículo 14.7 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que «\[n\]adie puede ser juzgado ni sancionado de nuevo por un delito por el cual ya ha sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país»; y el artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene como contenido que «1. 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 mediante sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. 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. \[...\]».](http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMjS-0MjQ7Wy1KLizPw8WyMDQ1NDIwMjkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnGqWmpSfn42ir54uPrMYseCgqL8stQUkBgkWHITQ0MDIwBC2R2naQAAAA==WKE; CANO CAMPOS, T., «Novedades e interrogantes en la nueva regulación de la potestad sancionadora de la Administración», en <i>SANTAMARÍA y otros, en La reforma del procedimiento administrativo y del régimen del sector público</i>, Institut d'Estudis Autonòmics, Palma de Mallorca, 2016, pp. 93 y ss.</p>
</div>
<div data-bbox=)

in idem procesal sobre el material parece, en principio, correcta, pues la primera manera de prevenir la duplicidad sancionadora es evitando la duplicidad de persecución y enjuiciamiento, dado que sin procedimiento no hay sanción (7); sin embargo, no puede ocultarse que esta comprensión deja fuera del alcance del derecho todos los casos en los que la reiteración sancionadora se ha producido en el seno de un único procedimiento, pudiendo ser estos casos también especialmente gravosos para el ciudadano. Y, en segundo lugar, esta forma unitaria de concebir la prohibición, al exigir una resolución judicial firme, limita la operatividad de la prohibición de doble proceso a los casos de sustanciación *sucesiva* de dos procedimientos sin ocuparse de las sustanciaciones *paralelas* de procedimientos, o siendo relevantes éstas sólo cuando al haberse dictado una resolución firme en uno de ellos, deja de haber sustanciación separada y sólo queda en pie uno de los procedimientos, que en esa medida es posterior al primero que deviene firme.

En mi opinión, algo no encaja en esta concepción del derecho conforme a la cual es fundamental que se hayan sustanciado dos procesos, aunque ambos hayan finalizado en resoluciones absolutorias y no importe que se haya impuesto indebidamente en un mismo procedimiento dos penas, por ejemplo, de doce años de prisión por los mismos hechos; o que preocupe más lo que sucede después de que se dicte una primera resolución firme –la eventual coexistencia de dos resoluciones–, y no que dos procesos penales por los mismos hechos puedan haber sido sustanciados en paralelo durante muchos años, con graves limitaciones fácticas del derecho de defensa del acusado.

4. Este es el telón de fondo del estudio que realizaré: las dificultades que se encuentran los jueces para delimitar el contenido y alcance de la prohibición a partir de una concepción unitaria del mismo; estas dificultades explican en cierta medida las incoherencias y cambios de rumbo de la jurisprudencia europea en la materia de las que daré cuenta a continuación. A tal efecto, me referiré, en primer término, a los rasgos básicos del derecho y a su configuración en los convenios internacionales de protección de derechos humanos (II); en segundo lugar, expondré los hitos básicos de la jurisprudencia constitucional española, dando cuenta del cambio producido en la misma en la STC 2/2003 (III); en tercer lugar, me ocuparé de confrontar el nivel de protección otorgado por el Tribunal Constitucional español con el de la jurisprudencia europea en aquel momento (IV); en cuarto lugar, expondré los cambios de la jurisprudencia europea desde entonces hasta 2016, señalando el camino trazado hacia su convergencia así como los desajustes que ocasionaba en la jurisprudencia constitucional española y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de prácticas restrictivas de la competencia (V); y para finalizar, mostraré el estado actual de la misma a partir de la importante STEDH de 1 de noviembre 2016, asunto *A y B c. Noruega* y el encaje de la jurisprudencia de Luxemburgo y la jurisprudencia constitucional española en este marco (VI).

(7) El modelo anglosajón del derecho que pone el acento en la evitación de «los riesgos» que derivan de la sustanciación de dos procedimientos parte de esta comprensión, de ahí su denominación *double jeopardy*.

II. UN DERECHO GENERALMENTE RECONOCIDO, CON UN DISPAR CONTENIDO

5. La prohibición de incurrir en *bis in idem* constituye un principio del Derecho sancionador que ha devenido en derecho fundamental del ciudadano y ha alcanzado un amplio reconocimiento en el marco de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos y en las constituciones nacionales. Algunos textos internacionales lo recogen desde su texto original, como el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mientras que otros lo han incorporado a través de protocolos posteriores, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en el que se incorporó a través de su Protocolo 7 –art. 4–. Y algunos Estados lo reconocen expresamente en su Constitución, como la Ley Fundamental de Bonn –art. 103– y otros a través de la jurisprudencia constitucional, como el caso español (8). Sin embargo, este amplio reconocimiento interno e internacional no puede ocultar que, más allá del acuerdo esencial que dicho reconocimiento conlleva, se esconden notables discrepancias en la forma de concebir el presupuesto –*idem*– y el alcance de la prohibición –*bis*–; discrepancias que obedecen a las distintas concepciones sobre el fundamento del derecho y a la preeminencia de los valores en juego.

Una vez admitida una concepción amplia del *Ius Puniendi* comprensiva de toda sanción impuesta por el Estado que, incluye, por tanto, las sanciones administrativas y las penales (9), las diferencias de concepción del derecho se proyectan sobre los dos elementos fundamentales que configuran su alcance: la identidad que activa la prohibición y la reiteración que se prohíbe. De la concepción que se defiende sobre ambos elementos depende el alcance que se otorgue a la prohibición, de modo que una concepción más laxa de la identidad conduce a una menor tolerancia en la duplicidad sancionadora, mientras que una concepción más estricta de la identidad deja más espacio a una duplicidad no vulneradora de la prohibición. Igualmente, dependiendo de cuál sea la concepción sobre qué es lo que no debe reiterarse, la conclusión sobre si se admite el descuento de la sanción será una u otra (10).

(8) Se reconoció por primera vez en la segunda sentencia que el Tribunal Constitucional dictó cuando comenzó su andadura, en la STC 2/1981, de 30 de septiembre.

(9) Ciertamente este acuerdo no resuelve todos los problemas ya que el Estado impone consecuencias restrictivas de derechos que pueden no constituir sanciones en sentido estricto y sobre las que periódicamente hay resoluciones judiciales, como por ejemplo los recargos de modo que la delimitación del alcance del derecho depende del concepto de sanción que se adopte. Como vamos a ver esta cuestión se ha resuelto aplicando los denominados «criterios Engel», que pretenden establecer cuando estamos ante materia «penal» a los efectos de considerar que se ha juzgado o sancionado «penalmente» a un acusado y declarar aplicables las garantías del proceso justo. Estos criterios fueron establecidos en la STEDH de 8 de junio 1976, *Engel y otros c. Holanda*, y en la STEDH 10 de febrero 2009, asunto *Zolotoukhine c. Rusia* se entendió que también eran aplicables para determinar la aplicación de la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

(10) Así, en cuanto a la determinación de la reiteración prohibida son muchas las posibles dudas que surgen, de modo que, dependiendo de cómo se resuelvan, su alcance será mayor o menor: ¿se prohíbe reiterar el enjuiciamiento o es necesario reiterar la sanción?; si contestamos afirmativamente esta pregunta, ¿desde cuándo se considera que hay enjuiciamiento?, ¿es necesario que el primer procedimiento haya finalizado o se prohíbe también sustanciar dos procedimientos en paralelo?; si exigimos que el primer procedimiento haya finalizado con una resolución que haya adquirido firmeza, ¿qué clase de resolución es necesaria, una que haya entrado en el fondo del asunto, o basta con una resolu-

6. La posibilidad de responder a estas cuestiones de manera diferente ha provocado la existencia de notables divergencias en la configuración normativa de este derecho fundamental tanto a nivel estatal como internacional. En lo aquí más interesa, se ha destacado que los textos internacionales presentan diferencias en su regulación (11) y que hay un elevado número de reservas de los Estados excluyendo su aplicación en aquellos casos de duplicidad –de enjuiciamiento y/o sanción– que según cada concepción estatal no deben quedar abarcados por la prohibición. Y es que no puede ocultarse que muchos países europeos toleran cierta concurrencia procedimental y/o sancionadora; por ejemplo, en España se considera legítima la concurrencia de sanciones *disciplinarias* con otro tipo de sanciones porque se sostiene que obedecen a un fundamento diferente (12). De las discrepancias europeas es especialmente significativo que el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH no ha sido ratificado por Alemania, Bélgica, Países Bajos y Reino Unido y que, incluso, Francia, que sí lo ratificó, formuló reserva, en ese momento, en el sentido de que solo lo aplicaría a las sanciones penales conforme a su legislación interna; reserva que había sido realizada también por Austria, Italia y Portugal en el momento de su firma. Es decir, un número significativo de países no ratificaron el protocolo y otro grupo muy significativo lo ratificaron solo en la medida en que no entrara en contradicción con su propia legislación interna sobre la materia, con lo que se pretendía incluir en el ámbito de la prohibición solo la duplicidad de sanciones estrictamente penales y excluir las administrativas (13). En este contexto no es menos significativa la tardanza de España en la ratificación del Protocolo, que parece reflejar las muchas dudas que generaba a nivel interno dicha ratificación; finalmente esta se produjo sin formular reservas sobre su alcance material (14) el 28 de agosto de 2009 (BOE de 15 de octubre), con efectos de 1 de diciembre de ese año.

ción que aplique la prescripción, o que plasme un acuerdo de conformidad?; y, en caso de que exijamos no solo la reiteración del proceso sino también la imposición de una sanción, ¿basta con su imposición formal en una sentencia o es necesario que se haya cumplido efectivamente la sanción?; ¿se vulnera el derecho si la segunda resolución toma en cuenta, descuenta, la primera sanción impuesta?. También la determinación de la identidad genera no pocas cuestiones, pues existen al menos dos modelos aplicables: un modelo naturalista que individualiza los hechos con parámetros espaciales y temporales, y un modelo normativo que identifica los hechos a partir de la configuración que adquieren en las normas sancionadoras. Si bien el primer modelo es, básicamente, el habitual en la determinación del objeto del proceso y, por tanto, en una perspectiva procesal, el segundo suele ser utilizado en la fundamentación de las soluciones en la teoría penal de los concursos. Y en este ámbito, ¿qué papel juega el fundamento?; ¿es también la identidad de fundamento una condición necesaria para la prohibición de doble enjuiciamiento?. Por último, ¿se ha de considerar siempre que entre persona física y jurídica hay disparidad de sujetos sancionados o juega algún papel la técnica de levantamiento del velo para desvelar la concurrencia de una misma identidad subjetiva?. Cfr. PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición de incurrir en bis in idem*, pp. 89 y ss.

(11) Cfr. los textos de los artículos 14.7 PIDCP y 4 del Protocolo 7 al CEDH, en nota 6.

(12) Por ejemplo, SSTC 234/1991, FJ 2 de 10 de diciembre; 180/2004 de 2 de noviembre, FJ 6.

(13) Sobre la cuestión, Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón asunto C-617/10, *Åkerberg Fransson*, presentadas el 12 de junio de 2012, p. 70 y ss. Señala específicamente la falta de consenso entre los Estados, lo que ha conducido a que en las negociaciones sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos se hayan excluido a los Protocolos adicionales (párrafo 73).

(14) Salvo la relativa a Gibraltar, «España formulará la siguiente Declaración para el caso de que el presente Convenio del Consejo de Europa sea extendido por el Reino Unido a Gibraltar: 1. Gibraltar es un territorio no autónomo de cuyas relaciones exteriores es responsable el Reino Unido y que está sometido a un proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 2. Las autoridades de Gibraltar tienen un

Esta situación de dispar reconocimiento del contenido y alcance del derecho es preocupante porque, de su condición de derecho incorporado a los convenios internacionales de derechos humanos, pareciera derivarse de forma natural la existencia de un núcleo de comprensión común, y hasta universal, del mismo; de modo que tanta disparidad cuestiona su propia esencia de derecho fundamental (15) y es el caldo de cultivo para que se desarrolle una serpenteante jurisprudencia europea.

III. EL ESTÁNDAR EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

1. RASGOS GENERALES

7. El Tribunal Constitucional español reconoció la dimensión constitucional de la prohibición de incurrir en *bis in idem* en la STC 2/1981, de 30 de septiembre. De un lado, afirmó que este derecho prohíbe, en principio, la acumulación de sanciones penales y administrativas siempre que el presupuesto de esta acumulación sancionadora sea el mismo, definiendo la identidad a partir de la concurrencia de tres elementos: identidad de hechos, de sujeto y de fundamento. De otra parte, declaró que el reconocimiento del derecho fundamental se efectuaba en el marco de las garantías establecidas en el artículo 25.1 CE, debido a la vinculación de la prohibición de acumulación de sanciones con los derechos a la legalidad y tipicidad de las infracciones. En atención a la conexión de este derecho con las mencionadas garantías, la ausencia de una plasmación expresa del derecho en la Constitución española no se consideró relevante para impedir su reconocimiento.

A partir de esta declaración, el Tribunal Constitucional fue poco a poco redimensionando el alcance de la prohibición y su fundamento al señalar que la vulneración del derecho no requiere siempre la concurrencia de dos procesos o procedimientos sancionadores y que este derecho se vincula también con el principio de proporcionalidad (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). Con este razonamiento el Tribunal puso el acento en la prohibición de *bis in idem* material –duplicidad sancionadora– afirmando su autonomía respecto de la prohibición de *bis in idem* procesal –duplicidad de persecución o enjuiciamiento penal– (también, SSTC 221/1997, de 4 de diciembre; 77/2010, de 19 de octubre, FJ 4.c).

8. Hasta la STC 2/2003, de 16 de enero, en los casos de concurrencia de dos procedimientos, administrativo y penal, que daban lugar a dos sanciones se entendía

carácter local y ejercen competencias exclusivamente internas que tienen su origen y fundamento en la distribución y atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en su legislación interna, en su condición de Estado soberano del que depende el citado territorio no autónomo. 3. En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltareñas en la aplicación del presente Convenio se entenderá realizada exclusivamente en el marco de las competencias internas de Gibraltar y no podrá considerarse que produce cambio alguno respecto de lo previsto en los dos párrafos precedentes».

(15) Sobre la contradicción con la propia esencia de los derechos humanos de la existencia de dispares estándares de protección de los mismos, *cfr.* PÉREZ MANZANO, M., «El mercado único de los derechos fundamentales y los principios y garantías penales», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 28, 2017.

irrelevante cuál era el órgano sancionador que había actuado en primer lugar, considerándose que la reiteración prohibida afectaba siempre al segundo. Caso paradigmático de dicha comprensión fue el resuelto en la STC 177/1999, de 11 de octubre. En aquel caso, relativo a una sanción impuesta a una empresa por vertidos a un río, la empresa se allanó con la sanción administrativa no recurriendo en la jurisdicción contencioso-administrativa; posteriormente, el procedimiento penal condenó al consejero delegado y director de la empresa por delito contra el medio ambiente del antiguo artículo 347 bis (CP texto refundido 1973) a las penas de dos meses de arresto mayor, accesorias legales, y multa de un millón de pesetas. No obstante, a los efectos de evitar la desproporción que la adición de sanciones implicaba, y afirmando que debería haberse paralizado el expediente administrativo, el órgano judicial penal decidió compensar la cantidad correspondiente a la multa ya satisfecha en vía administrativa y entender, en consecuencia, pagada la pena de multa. La sentencia fue confirmada en apelación y cuando el condenado recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional este sostuvo que se había vulnerado el derecho a no ser sancionado en más de una ocasión, al considerar que, desde la perspectiva del ciudadano, era irrelevante qué órgano había actuado en primer lugar. No obstante, en esta sentencia se emitió un voto particular, firmado conjuntamente por el presidente Cruz Villalón y la magistrada Casas Baamonde, que señalaba las singularidades del caso y criticaba la solución adoptada por la mayoría. En particular, el voto puso de relieve el efecto negativo y distorsionador de otorgar preferencia a la primera sanción que se imponga, con independencia de cuál sea esta, pues implica incentivar el blindaje de los ciudadanos frente a la actuación de la Jurisdicción penal que es la más aflictiva; también afirmó la contradicción que ello entraña con el diseño constitucional de relaciones entre la Administración y la Jurisdicción, pues, afirmada la prioridad de la Jurisdicción, ha de otorgarse preferencia a la actuación de la Jurisdicción penal aunque no haya actuado en primer lugar.

La doctrina sentada en la STC 177/1999 producía, como el voto particular puso de relieve, efectos devastadores para la eficacia del Derecho penal y del modelo constitucional que con buenas razones lo prioriza, permitiendo un uso estratégico de las sanciones administrativas en contra de dicha prioridad. Consciente de ello, en la STC 2/2003, el Tribunal Constitucional decidió replantear la solución y efectuar el *over ruling*; esta sentencia sostuvo, en primer término, que sí es constitucionalmente relevante qué órgano sancionador actúa en primer lugar, pues, en el diseño constitucional y legal español, tiene preferencia el orden penal; por ello el procedimiento administrativo debe paralizarse hasta tanto haya finalizado el penal y si no se paraliza, «la subsunción de los hechos en la disposición administrativa quebranta el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el artículo 117.3 CE)» en estos casos en los que los hechos parecen reunir los elementos para ser constitutivos de delito.

2. EL PRESUPUESTO DE LA PROHIBICIÓN: LA IDENTIDAD

9. En la determinación de la identidad se enfrentan dos concepciones antagónicas: una *naturalista*, conforme a la cual se han de individualizar los hechos tan sólo a partir del espacio y tiempo en que sucedieron u otros rasgos naturales; y otra

normativa, que toma en cuenta la configuración legal del hecho, la acotación de la realidad realizada por la norma así como el desvalor que el legislador le ha asignado (16). Aunque la primera concepción suele defenderse como propia de la delimitación del objeto del proceso, ante su incapacidad para contemplar las singularidades de ciertos casos, como el delito continuado o los supuestos de concurso ideal, también la doctrina procesalista admite una concepción, al menos parcialmente, normativa, pues como sostuvo ya Gómez Orbaneja, «los hechos sólo pueden identificarse como objetos procesales si se les contempla con una especie de mirada jurídica» (17).

El Tribunal Constitucional español siempre ha definido la identidad requerida de la misma forma, exigiendo identidad de hechos, sujeto y fundamento. Y, aunque parte de los parámetros de espacio y tiempo, mantiene una concepción normativa, pues, de un lado, ya en la STC 2/1981, de 30 de enero (FFJJ 5 y 6) afirmó que en la individualización y comparación de los hechos «es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica» (FJ 6). Especialmente relevantes de dicha comprensión son las SSTC 154/1990, de 15 de octubre, relativa a un concurso entre robo con toma de rehenes y detenciones ilegales y la 204/1996, de 16 de diciembre, referente a un delito de intrusismo por ejercer como óptico sin licencia. Pero también es significativo de dicha concepción normativa, la exigencia de identidad de fundamento (18), definida como la misma perspectiva de defensa social (STC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3), el mismo interés jurídico (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2) o el mismo bien jurídico (STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 8). Por último, incluso la concepción del Tribunal Constitucional sobre la identidad de sujetos, admitiendo que no hay identidad cuando se sanciona a una persona física y además a una persona jurídica, evidencia una concepción normativa (19).

Esta concepción de la triple identidad se ha mantenido y hecho explícita en la STC 77/2010, de 19 de octubre en la que literalmente se sostiene:

«el análisis sobre la concurrencia de la identidad en los hechos no debe venir presidido por una perspectiva puramente naturalística [*sic*] o aritmética, sino que, como ya afirmáramos en la STC 2/1981, de 30 de enero, «para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica» (FJ 6). Ello ha de ser necesariamente así, por cuanto lo que se compara no son meros acontecimientos de la realidad, sino la descripción que de tales acontecimientos ha efectuado el legislador en el supuesto de hecho de la norma correspondiente, descripción inevitablemente acotada a partir de elementos valorativos y según las finalidades que el legislador persigue con su regulación» (FJ 6).

(16) PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición de incurrir en bis in idem*, pp. 87 y ss.

(17) GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria*, Bosch, Barcelona, 1947, (1952), p. 286; OLIVA SANTOS, A. DE LA, *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 208.

(18) GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes, Barcelona, Cedecs, 1995, pp. 64 y ss.

(19) PÉREZ MANZANO, M. «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (De Luxemburgo a Estrasburgo)», en PÉREZ MANZANO, LASCURAÍN (dirs), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 160-161.

3. LA REITERACIÓN PROHIBIDA Y EL DESCUENTO DE LA SANCIÓN

10. La STC 2/2003, de 16 de enero, al referirse a la interdicción de doble sanción puso el acento en su vinculación con el principio de proporcionalidad, por ello afirmó que cabe una reiteración cuando, existiendo la triple identidad requerida, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar la sanción previa y a evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora. La razón es que, en tal caso, desde la estricta dimensión material, no puede afirmarse la existencia de un exceso punitivo, de una sanción desproporcionada (FJ 6). Aunque en dicho caso el descuento había afectado a la cuantía económica de la multa, con posterioridad, la STC 334/2005 de 20 de diciembre (FJ 2) tuvo ocasión de profundizar en la constitucionalidad del descuento aplicándolo a un supuesto en el que éste afectaba a sanciones y penas privativas de libertad impuestas en procedimientos sancionadores militares –administrativo y penal– por infracciones relativas a desobediencia a órdenes de un superior. Por consiguiente, se ha de entender que la técnica del descuento se admite con carácter general como regla excluyente de la vulneración constitucional con independencia del derecho restringido por las sanciones impuestas.

4. LAS LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DOBLE ENJUICIAMIENTO

11. El Tribunal Constitucional se ocupó también en la STC 2/2003, de 16 de enero (FJ 8.º y ss.) (20), de la prohibición de doble proceso o doble enjuiciamiento, señalando que, en principio, esta prohibición solo afectaba a la sustanciación de dos procesos penales, pero no a la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal, por entender que la sujeción y limitaciones en los derechos del acusado que ambos procedimientos comportan son muy diferentes. No obstante, no quiso dejar cerrado el tema para todos los casos, afirmando que si en algún caso el procedimiento administrativo fuera comparable al penal por su complejidad y limitaciones en los derechos del acusado, entonces se analizaría si una doble sustanciación de procedimientos vulneraba o no el derecho a no ser perseguido o juzgado en más de una ocasión por los mismos hechos (21).

Consecuencia práctica de esta doctrina constitucional que admite la técnica del descuento y restringe el alcance de la prohibición de doble enjuiciamiento, es la prioridad de la prohibición de reiteración sancionadora sobre la prohibición de reiteración de enjuiciamiento en los casos en que no sea posible garantizar ambas a la vez.

(20) Sobre el tema, *cf.* PÉREZ MANZANO, M., «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in ídem*, al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *La Ley*, núm. 5802, 13 de junio de 2003, pp. 11 y ss.

(21) En particular, afirmó, «la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo 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–, pueden 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 al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal».

IV. EL ENCAJE EUROPEO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SENTADA EN LA STC 2/2003

Cuando en 2003 el Tribunal Constitucional español configuró la doctrina acabadada de extractar, sus pronunciamientos encajaban en lo esencial con la jurisprudencia europea.

1. EL ESTÁNDAR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

11. En primer término, la técnica del «abono» o «descuento» encajaba sin fisuras con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la había creado en épocas remotas en relación con las sanciones a las prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, la prohibición de incurrir en *bis in idem* ha gozado de un notable protagonismo en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde antiguo al reconocerse como principio general del Derecho de la Unión ya en 1966 en *Gutmann c. EURATOM* (22). Desde entonces sus pronunciamientos se han venido produciendo principalmente en el marco de dos sectores jurídicos. En primer lugar, en esta área de las infracciones de las reglas de la libre competencia; y, en segundo lugar, en el marco de la cooperación judicial penal a través de la interpretación de los artículos 54-58 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen (CAAS) de 1985. Este destacado protagonismo del derecho al *ne bis in idem* en sede jurisprudencial facilitó su reconocimiento como derecho fundamental en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de tal manera que ésta ha venido a sacralizar positivamente la situación jurídica previa.

El primer pronunciamiento en el que el Tribunal Superior de Justicia reflexionó sobre este derecho fue en *Wilhelm y otros c. Bundeskartellamt* (23). En esta sentencia el tribunal afirmó la compatibilidad de las sanciones nacionales y comunitarias (24) y sostuvo que, si bien las dobles persecuciones (nacional y comunitaria) podían no vulnerar el principio, si el resultado de dicha doble persecución era la imposición de dos sanciones, una exigencia natural de justicia demandaba que la segunda resolución tomara en cuenta la sanción primeramente impuesta. Poco después el Tribunal de Justicia confirmó que el principio *ne bis in idem* es un principio general del Derecho Comunitario (25) y también que el principio del abono era aplicable con carácter general, dado que su fundamento reside en uno de los principios generales del Derecho comunitario, esto es, en el principio de proporcionalidad. Sin perjuicio de la cierta contradicción que implica declarar, de un lado, que cabe la concurrencia de sanciones comunitarias y nacionales y, por tanto, afirmar que no hay identidad, y, de otro, la necesidad de operar con el descuento, pues si

(22) Asuntos 18/65 y 35/65, Sentencia de 5 de mayo 1966.

(23) Sentencia de 13 de febrero 1969 [1969] (Asunto 14/68), ECR 3.

(24) Afiró la compatibilidad de las sanciones nacionales y comunitarias entendiend que éstas sancionaban los cárteles desde la perspectiva de la obstaculización del comercio entre Estados, mientras que el derecho nacional adopta una perspectiva meramente interna.

(25) *Cfr.* Sentencia de 14 de diciembre de 1972, *Boehringer c. Comisión* (Case C-7/72, párrafo 2).

realmente no hay identidad ha de arrostrarse la acumulación de sanciones, lo cierto es que esta jurisprudencia se ha mantenido sin fisuras en el marco de las infracciones a la libre competencia.

12. También encajaban los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español con la concepción de la identidad sustentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en estos primeros pronunciamientos. En este marco, si bien con poca precisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha utilizado un concepto estricto de identidad, dejando bastante margen a la concurrencia sancionadora; así ha analizado la existencia o no identidad de hechos a partir de un examen de cuestiones tales como si se había sancionado al mismo cártel (las empresas sancionadas), si desarrollaban la misma actividad, o si el territorio en que se aplicaba o desplegaba sus efectos el acuerdo era el mismo (26). Lo que el modelo de examen del Tribunal de Justicia evidencia es que no toma los hechos como una unidad indisolublemente unida, sino que los disecciona delimitando aquellos elementos de los hechos que han sido tomados en consideración específicamente por cada órgano sancionador, y, por tanto, como presupuesto de la concreta subsunción realizada. Y, además, se argumenta que obedecen a la protección de intereses distintos. Estas primeras resoluciones reflejan una concepción de la identidad que se hizo expresa en 2004 en el caso *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, conocido como «Cemento» (27), cuando el Tribunal de Justicia se manifestó expresamente sobre la cuestión afirmando que la identidad exigía la comprobación de tres elementos: unidad de hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido (28).

2. EL ESTÁNDAR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

13. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español también encajaban con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia emitidos por aquella época. Es verdad que las limitaciones a la prohibición de doble proceso no parecían ajustarse del todo, en principio, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues, como es sabido, para determinar si pueden concurrir o no dos consecuencias jurídicas basta con determinar si tienen naturaleza penal y a tal efecto se utilizan los criterios sentados en la Sentencia de 8 de junio 1976, *Engel y otros c. Holanda*: la calificación de la infracción conforme a la legislación interna del Estado; la naturaleza de la infracción; y el grado de severidad de la sanción. Y, conforme a estos criterios se ha declarado en distintas ocasiones que las sanciones administrativas, o los recargos tributarios tienen carácter penal. De tal manera que si estamos ante sanciones penales y se ha dictado un primer pronunciamiento *firme*, se considera vulnerado el derecho, dado que se entiende que «el propósito del artículo 4 del Protocolo núm. 7 es prohibir la

(26) VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 161 y ss., 232.

(27) Asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, [2004] ECR I-123 (párrafo 398).

(28) Cfr: VERVAELE, J., «The application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its *Ne bis in Idem* Principle in the Member States of the EU», en *Review of European Administrative Law*, 2013, pp. 116 y ss.

repetición de procedimientos que han concluido con una decisión final» (29), y dado que la regla contenida en este artículo «no se limita al derecho a no ser sancionado sino que se extiende al derecho a no ser juzgado dos veces» (30).

Sin embargo, junto a estos pronunciamientos convivían en el propio Tribunal Europeo otros de signo distinto. El Tribunal se había venido pronunciando sobre casos de concurrencia de sanciones que tenían su origen en accidentes de circulación con resultados lesivos o muerte y en ellos se planteaba la existencia de identidad como forma de admitir o no dicha concurrencia. En la STEDH de 30 de julio de 1998, asunto *Oliveira c. Suiza*, el Tribunal concluyó la falta de identidad de hechos en un caso en el que el conductor de un vehículo había resultado doblemente sancionado en vía penal y administrativa, siendo la sanción administrativa la primera sanción impuesta. En efecto, al conductor del vehículo se le impuso primero una sanción por falta de control del vehículo y, después, una pena como autor de lesiones imprudentes causadas en el mismo accidente de tráfico. Los argumentos que avalaron la conclusión del Tribunal Europeo evidenciaban un claro enfoque normativo: de un lado, sostuvo que la prohibición no se vulnera porque jurisdicciones distintas conozcan de infracciones distintas que integran elementos de un mismo hecho penal, y, de otro, que el artículo 4 del Protocolo 7 solo se refiere a la prohibición de juzgar el mismo delito, no otro delito. Por ello, al analizar el caso afirmó que se trataba de un caso típico de concurso ideal de infracciones en el que no podía entenderse que hubiera identidad de infracciones; para llegar a esta conclusión examinó no sólo los hechos desde parámetros naturales, sino también el interés o bien/ es jurídicos protegidos (31).

En un caso similar, en la STEDH de 29 de mayo de 2001, asunto *Franz Fischer c. Austria*, aunque llegó a la conclusión contraria, sostuvo que se trataba también de un típico caso en el que un hecho constituye más de un delito, de modo que en estos casos se vulneraría la prohibición si las infracciones por las que se hubiera juzgado al sujeto fueran solo diferentes formalmente, en cuanto a su denominación, pero que sería posible un segundo juicio y sanción si el solapamiento entre los elementos de las infracciones fuera leve y no pudiera afirmarse entonces que ambas infracciones estuvieran integradas por los mismos elementos esencia-

(29) STEDH, *Gradinger c. Austria*, de 23 de octubre 1995, párrafo 53.

(30) STEDH, *Franz Fischer c. Austria*, de 29 de mayo de 2001, párrafo 22.

(31) «26. That is a typical example of a single act constituting various offences (*concours idéal d'infractions*). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one. / There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (*concours idéal d'infractions*) one criminal act constitutes two separate offences». El mismo enfoque se siguió en la STEDH 2 de julio de 2002, asunto *Göktan c. Francia*, pág. 50-51 (tráfico de drogas y fraude aduanero, que versaba sobre el arresto sustitutorio por impago de la multa impuesta por el fraude aduanero tras cumplir la pena por el tráfico de drogas); en la STEDH de 24 de junio de 2006, asunto *Gauthier c. Francia*, pág. 2 (delito de explotación de aparatos de juego prohibidos, más diversas infracciones fiscales y aduaneras); y STEDH de 10 de octubre de 2006, asunto *Öngün c. Turquía*, pág. 3 (pertenencia a organización terrorista y delito de incendio-estrágos). Ahora bien, al menos en los últimos casos, solo hubo un juicio que impuso todas las sanciones.

les (32). Por eso en otros casos admitió que no se había vulnerado la prohibición si existían elementos del tipo sancionador distintos (33).

Por tanto, a pesar de la contundencia de las declaraciones relativas a la importancia que tiene la vertiente procesal, lo cierto es que una comprensión de la identidad normativizada como la expuesta, mitigaba los excesos de dicha teoría en estos casos de concurso ideal u otros en los que no hay identidad absoluta de los elementos que fundamentan la sanción; en estos casos parece excesivo impedir un pronunciamiento penal posterior que sancione el delito de lesiones u homicidio imprudente tras una sanción administrativa en la que sólo se ha tomado en consideración la mera conducción incorrecta.

V. LA PRIMERA CONVERGENCIA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA (DE LUXEMBURGO A ESTRASBURGO)

14. Esta pacífica situación duró poco tiempo, pues, de un lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue evolucionando de forma distinta a lo expuesto cuando se ocupaba de la prohibición de incurrir en *bis in idem* en relación con la cooperación judicial penal, y, de otro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consciente de la falta de unidad de sus pronunciamientos, decidió unificar su doctrina en 2009, recogiendo la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cooperación judicial penal. Por tanto, ambos tribunales tomaron un rumbo diferente del mencionado, en una convergencia en la que Luxemburgo atrajo hacia sí la jurisprudencia de Estrasburgo y no a la inversa como podría entenderse razonable a partir de las funciones que tienen ambos tribunales (34).

(32) Cfr. los párrafos 25, 29.

(33) Así en la Decisión de Inadmisión de 2 de septiembre de 2004, asunto *Bachmaier c. Austria*, párrafo 1 se apreció diferencia esencial por la existencia de una agravación (el primer órgano sancionador solo había sancionado un elemento de la infracción, por lo que la Administración podía sancionar a posteriori la conducción bajo el efecto del alcohol); en las Decisiones de Inadmisión de 14 de septiembre de 2004, asunto *Rosenquist, c. Suecia*, referida a recargos y sanciones por infracciones y delitos fiscales, se consideró que dado que el delito requiere dolo o imprudencia (intención culpable o imprudencia grave) las infracciones eran diferentes; en el mismo sentido sobre la ausencia de un elemento relevante, referido al dolo, las Decisiones de Inadmisión de 1 de febrero de 2007, asunto *Storbraten c. Noruega*, y de 11 de diciembre de 2007, asunto *Haarvig c. Noruega*. De otra parte, en la STEDH de 7 de diciembre de 2006, asunto *Hauser-Sporn c. Austria*, se consideró que la causación imprudente de lesiones corporales y la omisión de informar a la policía eran actos diferentes con distintas culpabilidades, que, por tanto, eran posibles dos sanciones; en STEDH de 26 de julio de 2007, asunto *Schutte c. Austria* párrafos 42-43, consideró que el uso de amenaza o fuerza como medio de resistencia a la autoridad constituye hecho distinto de la infracción de tráfico consistente en mera negativa a detenerse a petición de la policía. En la Decisión de 4 de marzo de 2008, asunto *Garretta c. Francia*, párrafos. 87 y ss., el Tribunal consideró que los hechos sancionados como estafa y asesinato mediante veneno, se distinguían por el bien jurídico –valor social– protegido, la gravedad y por el contenido de la intención criminal (en uno, intención de engañar y, en el otro, de matar). Se trata del caso de transfusiones sanguíneas a hemofílicos con sangre contaminada con SIDA que se produjo entre 1984 y 1985, cuando ya se sabía y se estaba estableciendo el protocolo obligatorio de analizar la sangre de los donantes.

(34) Cfr. por todos CRUZ VILLALÓN, P., «Unos derechos, tres tribunales», en CASAS BAAMONDE y otros (coords.), *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero*, Madrid, Wolters Kluwers, 2006, pp. 1005 y ss.; PÉREZ MANZANO, M., «El mercado único de los derechos fundamentales y los principios y garantías penales», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 28, 2017, p. 21.

1. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

15. En el contexto de la cooperación judicial penal de la Unión Europea el derecho al *ne bis in idem* gozó de reconocimiento, primero, a través de los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen (CAAS) de 1990 (35), pero también en la legislación sobre cooperación judicial penal de la que es el prototipo la relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) (36). Asimismo, como ya sabemos, ha sido reconocido con alcance general en el artículo 50 CDFUE (37).

Con independencia de sus pronunciamientos sobre otras cuestiones (38), en el ámbito aquí analizado, se ha de resaltar que el Tribunal de Justicia ha optado por un concepto naturalista de la identidad de hechos (39). El Tribunal de Justicia ha sostenido desde la sentencia en el asunto *Van Esbroeck* (40), que la identidad exigida implica «identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido». Por si hubiera alguna duda al respecto, en el asunto *Kretzinger* (41) los gobiernos español y alemán defendieron que el criterio de la identidad de hechos materiales «deb[ía] aplicarse de una manera que permit[iera] a los órganos nacionales competentes tomar asimismo en con-

(35) Artículo 54: «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».

Artículo 56: «Si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte contratante, de la sanción que, en su caso, se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de esta última Parte contratante por tales hechos. También se tendrán en cuenta en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado».

(36) Decisión Marco del Consejo 584/2002/JAI de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Artículo 3: «Motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea. La autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (...) denegará la ejecución de la orden de detención europea en los casos siguientes: (...) 2. cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena».

(37) Artículo 50: «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».

(38) Cfr. PÉREZ MANZANO, M., «Sobre la legitimidad y la necesidad de las limitaciones a la prohibición de incurrir en *bis in idem* en un contexto transfronterizo europeo: a propósito de la STJ de 27 de mayo de 2014 (Gran Sala), as. *Zoran Spasic* (C.129/14PPU)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 54, 2015, pp. 123-153; *La prohibición de incurrir en bis in idem en España y en Europa, op. cit.*, pp. 176-192.

(39) Para una visión general, cfr. KLIP, A. *European Criminal Law, an integrative approach*, 3.^a ed., Intersentia, Bristol, 2016, pp. 293-296; SATZGER, H., *International and European Criminal Law*, C. H. Beck/Hart/Nomos, Múnich, 2012, pp. 132-140.

(40) De 9 de marzo de 2006, C436/04, párrafo 42; Sentencias de 28 de septiembre de 2006, Gasparini y otros –C467/04–, párrafo 54 y Van Straaten –C-150/05–, párrafo 48.

(41) Sentencia de 18 de julio de 2007 (C-288-05), párrafos 32 y 34.

sideración el interés jurídico protegido en la apreciación de un conjunto de circunstancias concretas»; sin embargo, el Tribunal confirmó su tesis de que «debe limitarse a examinar si tales hechos materiales constituyen un conjunto de hechos indisolublemente ligados en el tiempo y en el espacio, así como por su objeto (...), sin que se consideren pertinentes las cuestiones basadas en el interés jurídico protegido» (42).

16. De otra parte, a pesar de que en materia de sanciones por prácticas restrictivas de la competencia, el Tribunal de Justicia había admitido el descuento, sin embargo, en el marco de la interpretación del artículo 50 CDFUE hay que entender que el tribunal ha rechazado su operatividad excluyente de la vulneración. La cuestión se ha planteado en la importante sentencia del asunto *Åkerberg Fransson* (43), en la que el Abogado General Cruz Villalón defendió el descuento con sensatos y fundados argumentos y, sin embargo, el Tribunal de Justicia no los acogió. En el caso analizado en dicha sentencia, el Sr. Åkerberg había sido sancionado en un procedimiento sancionador tributario por infracción en el pago del IVA; en el mismo se le habían impuesto sendos recargos fiscales –ejercicios 2004 y 2005–, incrementados con sus intereses, que no fueron recurridos ante el tribunal contencioso-administrativo, por lo que devinieron firmes. Con posterioridad, el Ministerio Fiscal instó un procedimiento penal y el órgano judicial planteó la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia preguntando, entre otras cuestiones, en primer término, si se aplicaba al recargo fiscal, y al procedimiento en el que se impone, la prohibición de *bis in idem*; y, en segundo lugar, si podría no considerarse vulnerado el artículo 50 CDFUE ante la doble sustanciación de procedimientos sancionadores –administrativo y penal–, dado que la legislación sueca prevé que se *coordinen* las sanciones impuestas en ambas vías, de modo que los órganos judiciales penales podrían reducir la sanción a imponer teniendo en cuenta la cuantía de los recargos impuestos. Es decir, expresamente se preguntó acerca de la eficacia del descuento para excluir la vulneración de este derecho.

La primera cuestión fue contestada positivamente con aplicación indirecta de los «criterios Engel», señalando la naturaleza penal del recargo tributario; y la segunda recibió una respuesta tácita que ha de entenderse negativa en el marco de la contestación global que se dio a las cuestiones segunda, tercera y cuarta (44). Con esta respuesta tácita el Tribunal de Justicia perdió la oportunidad de ratificar la opinión del Abogado General Cruz Villalón, quien afirmó que el artículo 50 de la Carta debe ser interpretado en el sentido de que no impide a los Estados miembros sustanciar procedimientos penales en relación con hechos respecto de los cuales se ha impuesto ya una multa penal de forma definitiva siempre que la Jurisdicción penal se encuentre en posición de tomar en consideración la previa existencia

(42) Este concepto de identidad es aplicable también respecto de la causa de denegación de la ejecución de la entrega contemplada en el artículo 3.2 de la Decisión Marco de la Orden Europea de Detención y Entrega. Cfr: STJUE de 16 de noviembre de 2010, asunto *Mantello* (C-261/09), párrafos 40 y 51.

(43) C-617/2010, de 26 de febrero de 2013. Cfr: VERVAELE, J., «The application of EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem principle in the member states of the EU. CJEU judgment (Grand Chamber) C-617/10 of 26 February 2013», *Review of European Administrative Law*, 6, 2013, pp. 113-134, p. 119.

(44) Cfr: párrafos 32 y ss.

de una multa administrativa con la finalidad de mitigar la sanción impuesta por ella (45).

2. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

17. Como puso de relieve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 10 de febrero 2009, asunto *Zolotoukhine c. Rusia*, sus pronunciamientos habían sido erráticos hasta ese momento, de tal modo que en su seno convivían distintos conceptos de identidad. En particular, el propio Tribunal menciona tres concepciones distintas, que yo calificaría de naturalista, normativa y mixta, respectivamente. Tres casos muy similares de duplicidad sancionadora –administrativa y penal– relativos a accidentes de tráfico con resultados de muerte o lesiones son ilustrativos de las diferencias de concepción. Una visión absolutamente naturalista fue adoptada en *Gradinger c. Austria*. Se trataba de un accidente en el que el conductor conducía bajo los efectos del alcohol y ocasionó la muerte de una persona. El conductor fue condenado primero en un proceso penal como autor de un homicidio imprudente y con posterioridad fue sancionado en vía administrativa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo la existencia de la identidad y, en consecuencia, la vulneración de la prohibición de incurrir en *bis in idem*, al entender que aunque las infracciones se diferenciaban por su denominación, naturaleza y finalidad y en que la infracción de tráfico representaba solo un aspecto del delito, sin embargo, ambas sanciones tenían como base la misma «conducta» (46). Por el contrario, en la Sentencia del asunto *Oliveira c. Suiza* (47), ya mencionada, el tribunal aplicó una concepción normativa, mientras que en la STEDH de 29 de mayo de 2001, asunto *Franz Fischer c. Austria*, el tribunal defendió una concepción mixta, apelando a la identidad de hechos esenciales.

18. Ante esta situación de disparidad de concepciones sobre la identidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió unificar su doctrina en la sentencia mencionada, asunto *Zolotoukhine c. Rusia* de 2009. En esta resolución, constató, primero, las diferencias en la literalidad de las disposiciones internacionales que contemplan la prohibición, y señaló que la utilización del término «infracción» en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 no justificaría una interpretación restrictiva que tomara en consideración la calificación legal de los hechos, pues esta interpre-

(45) *Cfr.* el punto 96, Opinión del Abogado General Cruz Villalón, emitida el 12 de junio de 2012, C-617/10. Los pilares de la fundamentación de esta conclusión son los siguientes: en primer término, Cruz Villalón partió de la posibilidad y la necesidad de realizar una interpretación autónoma del artículo 50 CDFUE, que no siga la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque el derecho al *ne bis in idem* constituye una materia en la que hay muchas opiniones diferentes en los Estados europeos como lo evidencia la falta de firma y aplicación uniforme del Protocolo núm. 7 al CEDH, en el que se recoge la prohibición de incurrir en *bis in idem*; de otro, argumentó que no hay impedimento alguno para realizar la interpretación que propone en la literalidad del artículo 50 CDFUE; por último, afirmó que, no obstante, el principio de proporcionalidad «inescindible del principio de Estado de Derecho (art. 2 TUE), obliga a que el ordenamiento nacional haga posible que el juez penal tenga la facultad de tomar en cuenta, de un modo u otro, la previa existencia de una sanción administrativa, a los efectos de suavizar la sanción penal» (párrafo 93).

(46) Párrafo 55.

(47) STEDH de 30 de julio de 1998.

tación debilitaría el alcance de la garantía. Por ello, se decantó por sostener que el «artículo 4 del protocolo 7 debe ser entendido en el sentido de prohibir la persecución o enjuiciamiento de una segunda “infracción” en la medida en que derive de hechos idénticos o hechos que son sustancialmente los mismos» (48).

En lo que concierne a la forma de determinar la identidad, el Tribunal afirma que deberá examinar las exposiciones de hechos que figuren en esas diligencias, no siendo relevante «qué parte de la nueva acusación se mantiene o no en el procedimiento posterior» porque el artículo 4 del Protocolo 7 «*contiene una garantía contra un nuevo juicio o la posibilidad de nuevo juicio más que una prohibición de una segunda condena o absolución*» (49). Desde entonces el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado su doctrina en múltiples ocasiones y en ella ha dejado claro su método naturalista de determinación de la identidad (50).

19. En lo que atañe a la técnica del descuento de la sanción, de los pronunciamientos del Tribunal en el asunto *Oliveira c. Suiza* podía inferirse que si no se adicionaban realmente dos penas no se vulneraría el derecho aunque se hubieran sustanciado dos procedimientos, si bien se reconoce que la vía más correcta también en estos casos hubiera sido la sustanciación de un único procedimiento; en particular, en dicho caso, el tribunal afirmó que el artículo 4 del Protocolo 7 no excluye la sanción de ofensas independientes «incluso si ellas son parte de una norma penal singular que han sido juzgadas por diferentes tribunales, especialmente allí donde, como en el caso juzgado, las penas no se acumularon sino que la más leve resultó absorbida por la más grave» (51). Sin embargo, tras la Sentencia del Tribunal Europeo en el asunto *Zolotoukhine*, comenzó a ser patente que el Tribunal había cambiado de opinión (52). El caso más claro en el que se planteó la cuestión con posterioridad fue en el asunto *Muslija c. Bosnia & Herzegovina*. En él el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó la imposición de una primera sanción privativa de libertad –sustituida por una multa– en un procedimiento por infracción leve –*Minor Offence*– y de una segunda pena también privativa de libertad en un proceso penal. A pesar de que la legislación prevé el descuento de la primera sanción en la segunda condena si el delito contiene los elementos de la infracción leve, el Tribunal Europeo sostuvo que el sancionado había sido juzgado dos veces por los mismos hechos, por lo que debía considerarse vulnerado el artículo 4 del Protocolo 7 (53).

(48) Cfr. párrafo 82.

(49) Párrafo 83.

(50) Por ejemplo, en *Maresti c. Croacia*, de 25 de junio de 2009, párrafo 63; *Tomasovic c. Croacia*, de 18 de octubre de 2011; *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, de 14 de enero de 2014, párrafo 34; *Grande Stevens y otros c. Italia* (asunto *FIAT*), de 4 de marzo de 2014.

(51) Párrafo 27.

(52) Cfr. VERVAELE, J., «The application of EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its *Ne bis in idem* principle in the member states of the EU. CJEU judgment (Grand Chamber) C-617/10 of 26 February 2013», *op. cit.*, p. 222.

(53) Párrafos 39 y 40. Dos meses después, también desestimó de manera tácita el argumento relativo a que el descuento evita la vulneración del artículo 4 del Protocolo 7 en el caso resuelto por la STEDH de 4 de marzo de 2014, asunto *Grande Stevens y otros c. Italia* (caso «FIAT»); en dicho caso el gobierno italiano apeló a la previsión legal de que el órgano judicial penal podía tomar en consideración la primera sanción impuesta (párrafo 218), pero el Tribunal Europeo una vez concluyó que ambos procedimientos sancionadores tenían carácter penal con los criterios Engel y que existía identidad de hechos de conformidad con los criterios Zolotoukhine, afirmó la vulneración sin considerar necesario analizar ningún extremo más (párrafos 228, 229).

3. ALGUNAS INCONGRUENCIAS EN LOS NIVELES DE PROTECCIÓN INTERNO E INTERNACIONAL

A. Un estándar europeo más protector

20. De la exposición de las pautas básicas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deriva la existencia de algunas diferencias notables tanto en lo referido al concepto y metodología de análisis de la identidad como a si el descuento de la primera sanción impuesta en la segunda evita o no la vulneración del derecho.

En cuanto al concepto de identidad, acabamos de ver que el Tribunal Constitucional español utiliza un concepto normativo, mientras que los tribunales europeos se han decantado por un concepto esencialmente naturalista. En principio, esta discordancia supone que el estándar de protección europeo es más protector (superior) que el español y conduce a una estimación de la vulneración del derecho en un mayor número de casos: si sólo comparamos los hechos a partir de sus circunstancias naturales y de espacio y tiempo, en los casos de unidad de acción pero pluralidad de bienes jurídicos afectados –curso ideal–, habrá que afirmar la identidad. En consecuencia, la conducción bajo los efectos del alcohol que ocasiona un resultado lesivo, la alteración del orden público con resultados lesivos, que han sido juzgados en dos procedimientos (administrativo y penal) son ejemplos que dan lugar a declaraciones de vulneración del derecho en una aplicación automática del concepto naturalista del Tribunal Europeo a partir de la unificación de la doctrina en la STEDH de 2009, asunto *Zolotoukhine*.

A la misma conclusión se llega si analizamos las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas a la cooperación judicial penal. Como hemos visto, es en este sector en el que el Tribunal de Justicia acuñó la definición naturalista de identidad de hechos que ha hecho fortuna en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, como también he precisado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conviven dos conceptos de identidad, o dos metodologías de análisis diferentes; pues en el marco de las sanciones relativas a las prácticas restrictivas de la competencia se admite, de una parte, la relevancia de un elemento de carácter normativo, el interés jurídico protegido y, de otra, la selección-parcelación de los elementos fácticos tomados en consideración para la sanción, en particular los efectos y su ámbito de aplicación temporal, espacial y material.

a) *Las carencias de dicha concepción: esencialidad de la identidad, hechos naturales y desvalor jurídico; relevancia del órgano que sanciona en primer lugar*

21. No puede dejar de señalarse, sin embargo, que la solución de los casos concretos juzgados por los tribunales europeos podía haber sido otra aplicando el mismo concepto de identidad de hechos, pues, recordemos que éste no exige la identidad absoluta sino la igualdad sustancial o esencial y la identificación de tal «esencialidad» de la igualdad o de la diferencia no deriva automáticamente de la realidad natural. El Tribunal Europeo declaró que el artículo 4 del Protocolo 7 «prohíbe perseguir o juzgar a una persona por una segunda “infracción” en la

medida en que ésta tenga su origen en unos hechos idénticos o en unos hechos que son esencialmente los mismos». A nadie se le escapa que el núcleo de la definición reside en cómo se determina la «esencial identidad» a la que apela. Desde una perspectiva semántica y lógica no existe más identidad que la absoluta, pues cuando no hay identidad hablamos de similitud. Pero más allá de esta imprecisión, se entiende con nitidez que los tribunales europeos pretenden afirmar que hay elementos o circunstancias fácticas que pueden no ser iguales pero que dichas diferencias no tienen trascendencia suficiente a los efectos de negar la identidad requerida. El problema reside en que la determinación de qué circunstancias pueden ser relevantes para negar la identidad tampoco es una cuestión neutral, pues dependiendo de la metodología que se adopte la conclusión puede variar. En mi criterio, el carácter esencial o no de las diferencias no puede determinarse sin tomar en consideración la perspectiva normativa, es decir, sin referirse, de un lado, a la acotación de la realidad que ha hecho el legislador al incluirla en un tipo de delito o de infracción, y, de otro, al desvalor asignado por el legislador al hecho en su configuración en el precepto aplicado. Pero también habrá de tenerse en cuenta qué órgano judicial ha actuado en primer lugar, qué infracción ha aplicado y que sanción ha impuesto. Veamos.

Esta definición permite, por ejemplo, un entendimiento notablemente distinto de los casos de concurso ideal dependiendo de qué órgano sancionador haya actuado en primer lugar y el contenido de injusto de la infracción primeramente aplicada. Si es el órgano administrativo el que sanciona en primer lugar la conducción bajo los efectos del alcohol o sin licencia, o la alteración del orden público, como en muchos de los casos que han dado lugar a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los resultados lesivos (lesiones, muerte) no habrían sido abarcados por la sanción impuesta. Y dichos elementos, los resultados, son elementos de la realidad natural acaecida que derivan de la acción inicial pero que no pueden ser identificados con ella ni lógica ni normativamente. Los resultados son efectos en el cuerpo humano, consecuencia de la acción, que añaden y elevan el desvalor del hecho, por tanto, son elementos naturales que podrían tomarse en consideración para argumentar que los hechos son distintos. De modo que aunque en el mismo marco temporal se hayan producido la acción y el resultado, si el resultado no ha sido contemplado ni sancionado, podría defenderse que los hechos sancionados en vía administrativa y los hechos sancionados en vía penal no son «esencialmente los mismos». Bastaría con afirmar la esencialidad del elemento natural no tomado en consideración —el resultado lesivo—. Por el contrario, si fuera la jurisdicción penal la primera en sancionar, dado que el delito contempla tanto la acción peligrosa como el resultado (54), podría sostenerse que los hechos sancionados son «esencialmente los mismos», incluso aunque quepa defender que el peligro generado, por ejemplo, por la conducción bajo los efectos del alcohol, es superior al abarcado por el delito de resultado

(54) Naturalmente en los casos que haya sido así, puesto que también hay delitos de peligro que no toman en consideración el resultado y cuyo contenido de injusto puede ser muy similar al de las infracciones administrativas. En este caso, sí habrá que afirmarse la «identidad esencial», aunque tengan alguna diferencia.

producido (55). En este caso, si es la jurisdicción penal la que actúa en primer lugar, la calificación penal abarca la casi totalidad del desvalor de la infracción administrativa y por ello no habría espacio para una nueva sanción sin vulnerar la prohibición de incurrir en *bis in idem*, puesto que habrá tomado en consideración tanto la acción como el resultado lesivo.

Debe mencionarse que este planteamiento estaba en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos previa a 2009, pues la diferencia entre el asunto *Gradinger* y el asunto *Oliveira* reside en el órgano sancionador que había actuado en primer lugar, y, por tanto, en la calificación y sanción impuestas en primer lugar. Si en el asunto *Gradinger* actuó en primer lugar la jurisdicción penal, en el asunto *Oliveira* fue el órgano administrativo. Por ello en el asunto *Gradinger*, una vez impuesta la sanción penal, la actuación administrativa vulneraba la prohibición, porque no había espacio para una nueva sanción, dado que la sanción penal impuesta abarcaba todos los elementos relevantes del hecho, la acción y el resultado; en el asunto *Oliveira*, sin embargo, la primera sanción, la administrativa, solo abarcaba una parte de los elementos fácticos, la conducción, de modo que podía afirmarse que la similitud era parcial y que la diferencia era esencial. Pero, como hemos visto, el Tribunal Europeo, consciente de las diferencias decidió cambiar de rumbo y acoplarse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sosteniendo que en la determinación de la identidad el Tribunal debería examinar las exposiciones de hechos que figurasen en las diligencias o sentencias, no siendo relevante «qué partes de estas nuevas acusaciones [sean] finalmente estimadas o rechazadas en el procedimiento ulterior, puesto que el artículo 4 del Protocolo núm. 7 enuncia una garantía contra un nuevo enjuiciamiento o el riesgo de un nuevo enjuiciamiento y no la prohibición de una segunda condena o una segunda absolución» (56). Por tanto, lo determinante no es qué elementos de la realidad natural han sido tomados en consideración para su subsunción en la norma, sino si esos hechos que figuran en las diligencias o resoluciones son los mismos.

22. Los casos que han dado lugar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de cooperación judicial penal evidencian también las carencias de la concepción naturalista. Los delitos y las infracciones son unidades creadas por el legislador acotando sectores de la realidad y pueden estar integrados por acciones aisladas o por varios actos. Las detenciones ilegales, el robo con violencia o el delito continuado son unidades de hecho normativas, integradas por una pluralidad de acciones naturales, de modo que su disociación en unidades de acción espacio-temporales permitiría afirmar que hay varios hechos que pueden ser juzgados y sancionados aisladamente; pero esta disociación conduciría a resultados injustos o que no encajan con la perspectiva global adoptada por el legislador. Incluso el delito de 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

(55) Esto conduce a sostener que entre el delito de peligro y el delito de resultado hay un concurso ideal y no un concurso de leyes, pues el delito de resultado no abarca todo el desvalor del delito de peligro al no tomar en consideración todo el haz de peligros generados por la acción.

(56) STEDH, asunto *Zolotoukhine*, párrafo. 83.

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. De la misma manera, si un sujeto asesta cinco puñaladas a otro se califica por un único delito de lesiones en el que se valora globalmente toda la afectación de la integridad y salud como una unidad fáctica. La suma de sanciones por cada una de las acciones naturales supone un trato desproporcionado por exceso. Por el contrario, los casos de concurso ideal son supuestos de unidad natural de acción en los que hay acuerdo en que no deben sancionarse como un único delito porque materializan varias afectaciones de los bienes jurídicos; por eso, sancionar por una única infracción, máxime si es la más leve, constituye una desproporción por defecto.

Todas estas cuestiones, relativas a cuándo y conforme a qué criterios puede establecerse que existe unidad de hecho y cuándo existe uno o más delitos, constituye una de las materias más complejas no solo de la teoría del delito sino de la teoría de las normas; por ello una aplicación simplista de los conceptos puede conducir a un casuismo que puede acabar cayendo en la arbitrariedad (57).

b) *La irrelevancia del descuento y la priorización de la prohibición de doble enjuiciamiento sobre la prohibición de doble sanción*

23. En este contexto, la irrelevancia del descuento es la pieza de cierre de las tesis de los tribunales europeos. En efecto, como acabamos de ver, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, en la sentencia de 14 de enero de 2014, asunto *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, que, a pesar de que se había producido el abono de la privación de libertad padecida como sanción impuesta en el primer procedimiento, sin embargo, este abono no «altera el hecho de que fuera juzgado dos veces por el mismo hecho» (58). Con esta declaración, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prioriza la prohibición de doble enjuiciamiento sobre la prohibición de doble sanción. Y, como hemos visto, de forma tácita el Tribunal de Justicia parece estar aplicando la misma tesis en materia de cooperación judicial penal. Y esta comprensión entra en abierta contradicción con la concepción del Tribunal Constitucional español.

Desde su sentencia de 2/2003, el Tribunal Constitucional había admitido la técnica del descuento. Y, siendo consciente de que el descuento sólo evitaba la vulneración de la prohibición de doble sanción, completó su argumentación sosteniendo que no siempre que concurrían procedimientos administrativos y penales se vulneraba la prohibición de doble enjuiciamiento, sino solo cuando el procedimiento administrativo fuera igualmente gravoso para el sancionado que un proceso penal. Esta declaración encaja con la solución dada por el Tribunal Europeo en el asunto *Oliveira* en la que se priorizó el principio de proporcionalidad, pues, recordemos, que en dicha sentencia el tribunal mantuvo que, aunque hubiera sido deseable que se hubiera tramitado solo un procedimiento sancionador, sin embargo, como tal dualidad no había tenido consecuencias porque no había dado lugar a una

(57) PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición de incurrir en bis in idem en España y en Europa*, 2016, *op. cit.*, pp. 195 y ss.

(58) Párrafo 65.

acumulación de sanciones, sino que la sanción más leve había sido absorbida por la más grave, no se había vulnerado el derecho (59).

Es patente, no obstante, que el Tribunal Europeo en ese momento no aceptaría el razonamiento del Tribunal Constitucional español, pues para determinar si se aplica o no el artículo 4 del Protocolo 7 va a utilizar los «criterios Engel», y, como hemos visto, entre ellos no aparece en la jurisprudencia mencionada ninguno relativo ni a la sencillez del procedimiento administrativo sancionador, ni a la especial sujeción de un acusado a un proceso penal. Y una vez admitido que se trata de materia «penal», nada evita considerar que el ciudadano ha sido juzgado dos veces por los mismos hechos.

B. Un estándar europeo menos protector

24. Las discordancias entre la jurisprudencia interna y la europea no solo tienen como efecto que el estándar español sea inferior al europeo, sino que también hay casos en los que el estándar interno es superior al europeo. Se trata de los casos en los que se vulnera la prohibición de *bis in idem* material o sancionador sin que se hayan sustanciado dos procedimientos y sin que exista, por tanto, una primera resolución con efecto de cosa juzgada. Desde la óptica del principio de proporcionalidad estos casos pueden ser especialmente gravosos para el ciudadano puesto que, como reflejó el caso de la STC 154/1990, lo que el ciudadano ponía en riesgo era nada más y nada menos que dos penas de prisión de 12 años, que se habían sumado a otra pena de prisión también de 12 años.

Es cierto que en estos casos, a la luz del derecho positivo europeo, no parece haber nada que hacer, debido a la literalidad de los artículos 4 del Protocolo, 7 y 54 CAAS y 50 CDFUE. Pero ello debería hacernos reflexionar sobre el sentido y fundamento del derecho: ¿No habrá algo incorrecto en esta comprensión del derecho en la que se prioriza la prohibición de doble proceso sobre la prohibición de doble sanción? Es cierto que dicha priorización obedece a que, en principio, si se consigue evitar la dualidad procedimental, se impide paralelamente la dualidad sancionadora que pueda proceder de dicha dualidad procedimental. Y es cierto también que desde esta óptica el punto de partida ha de ser la unidad de hechos naturales, pues exigir la identidad de calificaciones jurídicas restaría virtualidad al derecho siempre y en cualquier circunstancia, dado que bastaría con modificar la calificación delictiva o de la infracción administrativa para habilitar una nueva vía de persecución y sanción. Ahora bien, como he señalado, hay otras concepciones intermedias que son más precisas y resuelven mejor todos los casos, incluidos los «difíciles». Es más, acabo de concluir que la aplicación de la tesis de la «identidad sustancial» de los hechos puede conducir a resultados diferentes. Además, esta primera delimitación del derecho es insuficiente y distorsionadora en múltiples casos, con la interpretación que se está haciendo de ella. Por ello la configuración del alcance del derecho no puede terminar aquí.

En mi criterio, el derecho al *ne bis in idem* debe abarcar también los supuestos de duplicidad sancionadora que puedan producirse en el seno del mismo procedimiento de enjuiciamiento, como el Tribunal Constitucional español ha admitido.

(59) STEDH de 30 de julio de 1998, asunto *Oliveira c. Suiza*, párrafo 27.

En estos casos la existencia de identidad no puede determinarse con criterios espacio-temporales, sino normativos: hay que partir de la acotación de la realidad natural efectuada por el legislador, examinar el desvalor jurídico de ese hecho y compararlo con el hecho punible y el desvalor jurídico de la segunda infracción. Y, finalmente, en mi opinión, para concluir la vulneración del derecho en estos casos tampoco bastará con analizar la identidad de hechos desde la perspectiva normativa propuesta sino que habrá que examinar la reiteración realmente producida, pues no es lo mismo que la legislación permita la suma de las penas a que prevea la imposición de una única pena (la del delito más grave) pero agravada dentro del mismo marco penal.

C. Una dudosa conclusión y una cierta esperanza

25. En el trabajo que vio la luz en enero de 2016 (60) en el que analicé la jurisprudencia de los tribunales europeos hasta finales de 2015, llegué a la conclusión de que la convergencia de la jurisprudencia europea era «profundamente negativa y distorsionadora de los sistemas sancionadores europeos». Sostuve que dicha jurisprudencia no encajaba con el modelo español (61) ni permitía una salida justa en los casos en que el órgano administrativo no paraliza el procedimiento y sanciona en primer lugar. Además, argumenté que tampoco casaba con el modelo que, desde mi perspectiva, mejor resuelve la concurrencia de sanciones administrativas y penales, «un modelo que permita a la jurisdicción penal anular la sanción administrativa incorrectamente impuesta».

En efecto, como ya argumenté entonces, el modelo de concurrencia sancionadora administrativa y penal español se basa en la prioridad de la jurisdicción penal, por ello es necesario que se paralice el procedimiento administrativo y, por ello, la conclusión resultante del procedimiento probatorio seguido en la jurisdicción penal es vinculante para el órgano administrativo, de tal manera que la autoridad administrativa sólo puede calificar los hechos declarados probados, de conformidad con la legislación sancionadora administrativa y no volver a determinarlos; tampoco naturalmente, cuando la jurisdicción penal ha declarado no probados los hechos imputados. Es un procedimiento que permite la actuación del órgano administrativo sancionador después de una primera resolución penal absolutoria, si ésta se funda en que los hechos no son constitutivos de delito. A nadie se le escapa que de conformidad con la concepción del Tribunal Europeo expuesta hasta aquí, una vez que la Jurisdicción penal ha dictado una resolución absolutoria porque los hechos no son constitutivos de delito, no cabría la sustanciación de un nuevo procedimiento administrativo para dilucidar si cabe la subsunción de los hechos en alguna infracción administrativa. Una vez que se afirme el carácter penal del procedimiento, y una vez que la primera resolución hubiera adquirido fuerza cosa juzgada, no cabría una nueva resolución. En este marco se ha de ser consciente de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado en distintas ocasiones sobre los procesos desarrollados en paralelo sosteniendo que, si bien el artículo 4 del Protocolo 7 no prohíbe dicha

(60) *La prohibición de incurrir en bis in idem en España y en Europa*, 2016, *op. cit.*, pp. 149-200.

(61) *Cfr.* nota 6.

sustanciación en paralelo, puesto que en ellos no se puede decir que una persona ha sido juzgada o sancionada en varias ocasiones por una infracción por la que *ya ha sido juzgado*, sin embargo, si uno de los procedimientos finaliza con resolución que deviene firme y el segundo procedimiento no cesa, desde el momento en que la primera resolución deviene firme, sí se habría producido la vulneración de la prohibición de *bis in idem* (62).

Este mismo problema se plantea respecto del procedimiento previsto en el Reglamento 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, en el que se prevé también, para ciertos casos (63), la posibilidad de la actuación sancionadora de los Estados posterior a la de la autoridad sancionadora de la Unión Europea –la Comisión–; en este caso, el único requisito derivado de la prohibición de *bis in idem* exigido para dicha admisión es que la actuación posterior del órgano nacional no entre en contradicción con lo juzgado previamente por la autoridad de la Unión y que tome en consideración la sanción impuesta por esta, conforme al artículo 16.1 y 2 (64). Si bien tales requisitos

(62) Sobre los procedimientos sancionadores sustanciados en paralelo, *cf.* STEDH de 20 de mayo de 2014, asunto *Häkki c. Finlandia*, pár. 46 y ss.; en párrafo 48 sostiene que el «Article 4 of Protocol No. 7 does not prohibit several concurrent sets of proceedings. In such a situation it cannot be said that an applicant is prosecuted several times “for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted” [see *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX (extracts)]. There is no problem from the Convention point of view either when, in a situation of two parallel sets of proceedings, the second set of proceedings is discontinued after the first set of proceedings has become final [see *Zigarella v. Italy* (dec.), no. 48154/99, ECHR 2002-IX (extracts)]. However, when no such discontinuation occurs, the Court has found a violation (see *Tomasović v. Croatia*, cited above, § 31; and *Muslija v. Bosnia and Herzegovina*, no. 32042/11, § 37, 14 January 2014)». Se reitera en STEDH de 20 de mayo de 2014, *Glantz c. Finlandia*, pár. 59; también STEDH de la misma fecha, 20 mayo de 2014, asunto *Nykänen c. Finlandia*, que recoge y reitera doctrina previa y llega a la conclusión de vulneración porque el segundo procedimiento no cesó cuando la resolución dictada en el primer procedimiento devino firme. En el mismo sentido STEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Rinas c. Finlandia*, párrafos 55 y ss.

(63) El modelo de reparto de funciones establecido por el Reglamento 1/2003 parte de un modelo descentralizado en el que, en principio, la Comisión tiene competencia sobre las concentraciones de empresas con dimensión comunitaria (afecta a más de tres Estados o tiene impacto comunitario) y las autoridades nacionales se ocupan de las que tienen dimensión nacional, si bien también estas últimas aplican el Derecho de la Unión Europea. En caso de competencias concurrentes entre varios Estados se establece un procedimiento de coordinación pero regido por el principio de libertad de actuación, lo que implica que los Estados pueden continuar o poner fin a las denuncias recibidas. Y la Comisión, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento, puede iniciar un procedimiento sancionador también en casos que lo considere oportuno para definir la política de la Unión. Todo ello significa, en la práctica, la posibilidad de concurrencia de actuaciones nacionales y de la Comisión, habiendo declarado el Tribunal de Justicia que en las primeras fases pueden actuar en paralelo en el asunto *France Telecom* (casos T-399/04 y 340/04, *France Telecom* (2007), ECR II-521, paras 86 y 123). No obstante, de conformidad con el artículo 11.6 del Reglamento, una vez que la Comisión inicia un procedimiento, la Autoridad nacional ya no puede iniciar un procedimiento respecto del mismo acuerdo, mercado geográfico y producto. Sobre todo ello, *cf.* ORTEGA, J., La Europeización de la Administración que aplica el Derecho de defensa de la competencia. ¿Hasta qué punto influye el Derecho europeo en la configuración de su estructura organizativa, en su procedimiento y en el contenido de sus decisiones?, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015.

(64) Incluso en estos casos es el órgano sancionador nacional el que decide la suspensión del procedimiento, no siendo siempre obligatoria (artículo 16.1), «Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncian sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incom-

protegen la tutela judicial efectiva, evitando intolerables pronunciamientos contradictorios, y la prohibición de doble sanción desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, sin embargo, no impiden la vulneración del derecho a no ser juzgado en varias ocasiones, pues una vez que la primera resolución deviene firme, conforme a la jurisprudencia europea no cabría reanudar ni iniciar un nuevo procedimiento sancionador (65).

De otro lado, si, como sucedió en los casos que dieron lugar a las SSTC 177/ 1999, 152/2001 y 2/2003, la Administración española no paraliza el procedimiento sancionador, a la Jurisdicción penal española no le cabe ninguna solución justa. La única opción legislativa posible pasaría por admitir que la Jurisdicción penal anulara las resoluciones administrativas que no hubieran paralizado el procedimiento sancionador, de modo que se entendiera que las resoluciones administrativas no adquieren efecto de cosa juzgada hasta que la Jurisdicción penal no se haya pronunciado sobre la concurrencia o no de los elementos del delito. En este caso, dado que los artículos 4 del Protocolo 7, 54 CAAS y 50 de la Carta Niza establecen como requisito imprescindible que exista una primera resolución con efecto de cosa juzgada, el debate se desplazaría desde la determinación de si los hechos eran idénticos o si la técnica del descuento evita la vulneración, hacia la delimitación de la cosa juzgada y de los casos de procedimientos sustanciados en paralelo que pueden producir la vulneración del derecho.

26. A pesar de todo lo razonado, en 2016 concluí que existía alguna posibilidad de solución que pasaba por dos circunstancias: en primer lugar, sostuve que «para sortear la vulneración habría que argumentar que el procedimiento penal y el administrativo constituyen una suerte de único procedimiento sustanciado en dos fases, en el que lo fundamental, la determinación de los hechos, solo tiene lugar una vez, de modo que no hay peligro de contradicción»; con ello se conseguía alcanzar el objetivo fundamental que derivaba de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentando en los casos de duplicidad sancionadora en materia de tasas en Finlandia, pues para la solución del Tribunal Europeo fue

patibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado. / 2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión.» Sobre los problemas de este precepto en relación con la prohibición de incurrir en *bis in idem*, *cfr.* STJUE de 14 de febrero de 2012 (Gran Sala), asunto Toshiba Corporation y otros, párrafos, 84, 86 y ss., 93, 103; VERVAELE, J., «*Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», en *Indret*, núm. 1, 2014, p. 14; PÉREZ MANZANO, M., «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa», *op. cit.*, pp. 182-183.

(65) Para un estudio detallado sobre los distintos supuestos de concurrencia sancionadora, las previsiones legales y en cuáles de ellos se vulneraría la prohibición de incurrir en *bis in idem*, *cfr.* DI FEDERICO, G., «EU Competition Law and the Principle of *Ne Bis In Idem*», en *European Public Law* 17, núm. 2, 2011, pp. 241-260, en particular, pp. 250 y ss., 252. Pone el acento en que el alcance territorial del cartel no es un criterio que, conforme al concepto de identidad del TEDH sirviera para excluir dicha identidad, cuando es el criterio que toma en consideración el Tribunal de Justicia de la Unión para entender posible la concurrencia sancionadora entre dos Estados, o entre un Estado y la Comisión.

determinante que los procedimientos no habían tenido en cuenta en absoluto la actuación del otro procedimiento lo que generaba un peligro de contradicción (66). Además, razoné que si para resolver los casos de no paralización del procedimiento administrativo se reformara la legislación para posibilitar que la jurisdicción penal anulara la sanción administrativa, sería posible evitar la vulneración del doble proceso si se entendiera que mientras fuera posible este pronunciamiento sobre la validez de la resolución administrativa, ésta carecería de fuerza de cosa juzgada.

No obstante estas precisiones y las posibles matizaciones, lo cierto es que, como concluí en enero de 2016, la jurisprudencia europea dictada hasta ese momento dejaba en evidencia las regulaciones legales de muchos países europeos que admiten cierta coexistencia de procedimientos administrativos sancionadores y penales en muchos ámbitos sancionadores, en especial en materia tributaria. Por ejemplo, el Decreto Legislativo 74/2000, de 10 de marzo, sobre los delitos en materia de impuestos indirectos y de IVA, establece para Italia un sistema en el que los procedimientos administrativo y penal se tramitan por separado y no se suspenden; en este sistema, la autoridad administrativa determina la infracción producida y las sanciones correspondientes, si bien estas no son ejecutables a menos que el proceso penal haya concluido mediante sobreseimiento definitivo, absolución o la declaración en sentencia de irrelevancia penal de los hechos. La existencia de este modelo regulativo y otros similares hacía previsible que el Tribunal Europeo se verá obligado a retomar el tema en algún momento y que llegarían cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que no tardó en suceder.

VI. PEGANDO LOS PLATOS ROTOS: LA SEGUNDA CONVERGENCIA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA (DE ESTRASBURGO A LUXEMBURGO)

1. LA ADMISIÓN DE CIERTA DUALIDAD DE PROCEDIMIENTO EN ESTRASBURGO

27. En Sentencia de Gran Sala de 15 de noviembre de 2016, *asunto A y B c. Noruega*, el Tribunal europeo decidió abordar el alcance de la prohibición de doble enjuiciamiento y con ello intentar minimizar los efectos negativos de la jurisprudencia previa, mediante una interpretación novedosa y restrictiva del alcance de este derecho (67). En dicha sentencia comienza el Tribunal Europeo por afirmar

(66) En la resolución de los casos de duplicidad sancionadora en materia de tasas en Finlandia, ha sido determinante para el TEDH que los procedimientos no tienen en cuenta en absoluto la actuación del otro procedimiento lo que genera un peligro de contradicción. *Cfr.* Sentencias citadas en nota anterior.

(67) *Cfr.* en este sentido, PARONI PINI, G., «Corte Europea dei Diritti Dell' Uomo: Grande Camera detta i limiti di applicabilità del principio *ne bis in idem*», en *Rivista di Diritto Tributario*, suplemento online, 17 de enero 2017, disponible en <http://www.rivistadirittotributario.it/2017/01/17/corte-europea-dei-diritti-delluomo-la-grande-camera-detta-limiti-applicabilita-del-principio-del-ne-bis-idem/>. En este asunto el Tribunal reiteró, en primer término, la asunción de los «criterios Engel» a

que sus pronunciamientos previos en el asunto Zolotoukhine ofrecen escasa guía para resolver estos casos en los que en realidad no se ha producido, se afirma, una *duplicación* de procedimientos sino una *combinación*. El tribunal construye su pronunciamiento a partir de varios pilares que evidencian el discurso restrictivo sobre la aplicación de la prohibición de incurrir en *bis in idem* en estos casos que estaba a punto de construir. De un lado, parte de que la prohibición no estaba en el texto original del Convenio Europeo y que su incorporación al Protocolo 7 no ha estado exenta de dudas como lo evidencian la ausencia de ratificación del mismo por algunos Estados y su sometimiento a reservas por parte de otros; en segundo lugar, se refiere a la opinión del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Akërberg Fransson*, en el sentido de que la imposición de una duplicidad de sanciones –administrativa y penal– es una práctica extendida entre los miembros de la Unión Europea y que sus legislaciones contemplan distintas formas de acumulación, estableciendo distintos mecanismos para moderar los efectos de la imposición de dos sanciones; y, en tercer lugar, hace un resumen de su jurisprudencia en relación con este tipo de casos de procedimientos combinados, sosteniendo que en dicha jurisprudencia se ha admitido ya con distintos fundamentos dicha combinación procedimental.

A partir de ahí el Tribunal deja claro que la mejor manera de asegurar que no se va a vulnerar el artículo 4 del Protocolo 7 es prever en algún momento de la tramitación una vía única, de forma que las diferentes necesidades sociales se puedan canalizar a través de un único procedimiento. Sin embargo, admite que el citado artículo no impide a los Estados que una vez que se ha impuesto una sanción por infracción tributaria –por impago– se pueda imponer una sanción penal por el mismo hecho pero en relación con un elemento, como la conducta engañosa o fraudulenta, que no ha sido tomado en consideración por el órgano administrativo (68). Esta posibilidad depende de que al desarrollarse los dos procedimientos se cumplan ciertas condiciones: que pase el que se ha denominado «test Nilsson» (69); en particular, afirma que «el Estado debe demostrar de forma convincente que los dos procedimientos ... han tenido “conexión temporal y material suficiente”. En otras palabras, debe mostrarse que han estado combinados de una manera integrada formando un todo coherente». En el parecer del tribunal esto se produce siempre que: los procedimientos persigan el mismo objetivo, los medios utilizados para alcanzarlo sean complementarios, los procedimientos tengan conexión temporal, y las posibles consecuencias estén organizadas de forma que «el tratamiento de la conducta sea proporcionado y previsible para el afectado» (70).

Precisando el significado de dicha declaración sostiene que para determinar la existencia de una suficiente conexión material se ha de considerar: si los procedi-

pesar de que el gobierno francés sostuvo que se debían utilizar los criterios más restrictivos de la propia jurisprudencia europea elaborados para fijar el alcance del principio de legalidad del artículo 7 CEDH. Sobre el tema, *Cfr.* FATTA, C., «Il nuovo volto del *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria», en *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, disponible en <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/01/19/volto-del-ne-bis-idem-nella-giurisprudenza-della-grande-camera-la-compatibilita-doppio-binario-sanzionatorio-materia-tributaria/>, p. 12.

(68) Párrafo 123.

(69) Desarrollado en la Decisión de admisión de 13 de diciembre de 2005.

(70) Párrafo 130.

mientos persiguen objetivos complementarios y estos conciernen diferentes aspectos de la conducta, y ello, no solo en abstracto sino en concreto; si la dualidad procedimental es una consecuencia previsible para el ciudadano, tanto en la ley como en la práctica, de la conducta; si el conjunto de procedimientos se desarrollan de forma que se evite en la mayor medida posible la duplicidad en la práctica y valoración de las pruebas, en particular, si hay suficiente interacción entre las distintas autoridades para fijar los hechos en un solo procedimiento de modo que tal declaración de hechos sea usada en el otro procedimiento; y sobre todo, si la sanción impuesta en el primer procedimiento que ha finalizado con resolución firme ha sido tomada en consideración en los procedimientos posteriores para así evitar que al individuo concernido se le obligue a soportar una carga excesiva y garantizar que la cuantía global de la sanción sea proporcionada (71).

Por último, el Tribunal Europeo hizo una precisión adicional de gran relevancia. El Tribunal sostiene que un importante factor a tomar en cuenta reside en la cuestión de en qué medida el procedimiento y el tipo de sanción impuesta por la autoridad administrativa se aleja del «núcleo duro» del Derecho penal, de tal manera que cuanto más específica sea la sanción y menor estigmatización conlleve el procedimiento administrativo sancionador, menor riesgo de que el objetivo social perseguido al sancionar la conducta se esté duplicando y no complementando y a la inversa; es decir, cuanto menos se aleje la infracción y la sanción administrativa del ámbito nuclear del Derecho penal mayor será el riesgo de que se esté produciendo una duplicidad prohibida (72).

En la aplicación a los casos concretos de los recurrentes, el Tribunal Europeo negó la vulneración del artículo 4 del Protocolo 7. De su argumentación es de destacar, en primer término, el análisis que realiza de los fines perseguidos por la imposición del recargo fiscal del 30% y la pena posterior, señalando que el primero tiene una finalidad preventiva y compensatoria de los costes humanos y financieros que la administración tributaria realiza en beneficio de la colectividad para evitar la evasión fiscal, mientras que la pena cumple una función claramente retributiva de una conducta antisocial que lleva implícita un contenido de reprobación de una conducta dolosa y fraudulenta (73). En segundo término, razona la suficiente conexión material y temporal entre los procedimientos, la previsibilidad para el ciudadano de la existencia de ambos y la proporcionalidad de la respuesta global, dado que, en la determinación de la pena, el órgano judicial penal había tomado en consideración la sanción impuesta por la administración tributaria (74).

28. Sin embargo, esta solución, ni fue adoptada por unanimidad, pues se emitió un voto particular por el magistrado Pinto Albuquerque, ni ha sido recibida por la doctrina sin críticas (75). En particular, el voto particular comienza por criticar

(71) Párrafo 132.

(72) Párrafo 133. Se refiere también el tribunal a la conexión temporal necesaria entre procedimientos, incluso haya una suficiente conexión material, para evitar que el ciudadano esté sometido a un procedimiento de forma dilatada e imprevisible en el tiempo. Afirma en este sentido que cuanto menor conexión temporal entre los procedimientos mayor presunción de débil conexión y mayor deber del estado de fundamentar que a pesar de ello los procedimientos tenían una conexión suficiente.

(73) Párrafo 144.

(74) Párrafo 146.

(75) Cfr. VIGANO, F., «Ne bis in idem e doppio binario sanzinatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate», en *Diritto penale contem-*

las diferentes finalidades que la mayoría atribuye al recargo y a la pena. De un lado, afirma que entender que el recargo compensa los costes de la administración tributaria en la evitación de la evasión fiscal supone atribuir al concreto infractor una especie de culpabilidad colectiva, pues la sanción impuesta iría más allá de los costes de su propia infidelidad a la norma. Y de otro, considera que la separación de las funciones preventivas –del recargo– de las retributivas –de la pena– es falaz porque ambos fines se cumplen al mismo tiempo (76). Además, el voto afirma que se ha abandonado la vertiente garantista del derecho, que el Tribunal europeo se habría puesto de parte de la expansión del punitivismo, y que habría dejado la determinación de la vulneración de la prohibición de *bis in idem* en manos de un criterio, la suficiente conexión material y temporal, que es vago y que se presta a manipulación del intérprete (77). Por último, critica que se haya admitido el mecanismo de compensación que en resoluciones previas no se había aceptado, señalando que el artículo 4 del Protocolo 7 no está pensado tanto para garantizar la proporcionalidad de la sanción como un mecanismo sencillo que evite el riesgo de que el ciudadano sea sometido a un doble procedimiento por el mismo hecho (78). El voto concluye sosteniendo que la mayoría ha limitado el alcance garantista de la prohibición que deriva de la concepción de la identidad –*idem*– sentada en la Sentencia del Tribunal Europeo en el asunto *Zolotoukhine* mediante una lectura restrictiva de la reiteración prohibida –*bis*– y que con ello se abre la puerta a una política punitiva, que avala un moderno Leviatán, «basada en una multiplicidad procedimental estratégicamente conectada y orientada hacia el máximo efecto represivo posible» (79).

29. En mi criterio estas críticas son excesivas, pues la restricción del derecho que se admite por el Tribunal europeo no permitiría esa multiplicidad sancionadora descontrolada a la que alude el voto particular. Como he venido defendiendo a lo largo del texto, una comprensión maximalista de la prohibición de doble enjuiciamiento, que lo prioriza sobre la prohibición de doble sanción siempre y en todo caso, tiene efectos muy negativos en el propio alcance de la prohibición en casos graves y deja sin respuesta supuestos de uso fraudulento de la misma por parte del ciudadano. Por ello, comprendo la solución adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin perjuicio de que, ciertamente, habrá que estar atentos para que la nueva doctrina no sea utilizada de forma radicalmente contraria al contenido garantista esencial de la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

Pero más allá de que lo expuesto, esta sentencia tiene elementos muy positivos. De ella destacaría, de un lado, que es la primera que manifiesta de forma expresa preocupación porque determinada forma de entender la prohibición puede incentivar un uso fraudulento de la misma por los ciudadanos; de otro, que sea consciente de que si bien con la doctrina Engels toda sanción administrativa, incluidos los recargos, tiene carácter penal, sin embargo, hay procedimientos y sanciones cuyas

poraneo, 18 novembre 2016, disponible en <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5063-la-grande-camera-della-corte-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-doppio-binario-sanzionatorio>; FATTA, C., *Giurisprudenza penale*, web, 2017, 1, pp. 17 y ss., 21 y ss.

(76) Párrafos 52-53 del voto particular.

(77) Cfr. voto particular Pinto Albuquerque, párrafos 42 a 46 y nota anterior.

(78) Párrafos 65-66.

(79) Párrafo 79.

características y nivel de afflictividad se alejan sustancialmente de los procesos y sanciones penales en sentido estricto, de su núcleo duro; en tercer lugar, no menos relevante, es que tome en consideración que la solución de los casos debe realizarse teniendo como fundamento el principio de proporcionalidad y como horizonte, por consiguiente, no ocasionar una carga desproporcionada al ciudadano; por último, debe destacarse también que esta sentencia realice un análisis individualizado de los fines que cumple el recargo tributario y la pena, señalando los diferentes elementos –impago / conducta fraudulenta– que son objeto de valoración negativa en ambas sanciones. Estoy convencida de que estas consideraciones estaban en el voto particular que el presidente Cruz Villalón y la magistrada Casas Baamonde formularon a la STC 177/1999 y en los pronunciamientos de la posterior STC 2/2003; e igualmente, estoy convencida de que estas consideraciones son el telón de fondo en las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Akérberg Fransson*. A mi modo de ver, la restricción del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem* que efectúa esta sentencia es razonable pues lo realmente problemático es, de un lado, la vulneración del derecho de defensa del ciudadano, que queda salvaguardado siempre que la fijación de los hechos se produzca ante un único órgano sancionador y con todas las garantías, y, de otro, la vulneración de la proporcionalidad de la sanción que también queda garantizada con la obligación de toma en consideración de la primera sanción impuesta.

30. De otra parte, la solución adoptada en esta sentencia, permite ahora razonar que el modelo español de coordinación entre las sanciones administrativas y penales es compatible con la prohibición de incurrir en *bis in idem* del artículo 4 del Protocolo 7, pues dicho modelo (80) reúne las condiciones de conexión material y temporal suficiente entre los procedimientos exigidas por esta jurisprudencia. Podría en tal sentido afirmarse que estamos ante una *combinación* de procedimientos, un único procedimiento globalmente considerado, y no ante una duplicidad procedimental prohibida. Recordemos que el procedimiento administrativo se paraliza hasta que se pronuncie el proceso penal, y que, si se reanuda, se producirá la actuación administrativa, salvo anormal funcionamiento, de forma rápida, por lo que lo habitual será que haya suficiente conexión temporal. De otra parte, sólo cabe una fijación de los hechos, la que realiza el órgano judicial penal, de tal manera que la autoridad administrativa está obligada a respetar dicha declaración, producida con mayores garantías para el ciudadano que si se permitiera que la autoridad administrativa determinase los hechos. En este contexto, el último requisito jurisprudencial –la proporcionalidad de la sanción– es consustancial al modelo español, dado que si el procedimiento ha funcionado correctamente no se impondrá más que una sanción, la penal o la administrativa y, por tanto, no habrá duplicidad sancionadora que ponga en riesgo la proporcionalidad de la sanción finalmente impuesta.

Mayores problemas de encaje tiene la solución dada por el Tribunal Constitucional español a los casos en que el sistema no ha funcionado correctamente y la autoridad administrativa se ha pronunciado en primer lugar. En estos casos, la autoridad administrativa se habría saltado la coordinación y complementariedad legalmente establecida, de tal manera que en la práctica no habría conexión y existirían

(80) Si partimos, como ya he apuntado de que la derogación del REPEPOS por la Ley 39/2015 no ha supuesto un cambio significativo de modelo.

dos procedimientos de fijación de los hechos. Sin embargo, si se admite que el órgano judicial que actúa *a posteriori* descuenta la sanción impuesta, no se habría producido una duplicidad vulneradora del principio de proporcionalidad. Probablemente esto no sería suficiente para no declarar vulnerada la prohibición de doble persecución, pero estoy firmemente convencida de que una reforma legal que permitiera a la Jurisdicción penal anular la sanción administrativa en los casos en que la autoridad administrativa ha actuado sin habilitación legal para hacerlo (81) sería de gran ayuda para evitar las declaraciones de vulneración de la prohibición de incurrir en *bis in idem*: se evidenciaría el último elemento de conexión entre ambos procedimientos ya que se impediría considerar que la resolución administrativa hubiera adquirido fuerza de cosa juzgada.

2. LA ADMISIÓN DE CIERTA DUALIDAD SANCIONADORA EN LUXEMBURGO: EL TEST DEL ARTÍCULO 52.1 CDFUE

31. La STEDH en el asunto *A y B c. Noruega* de 2016 no ha sido el último pronunciamiento europeo relevante en la materia, pues, cuando estaba a punto de cerrar el texto para este artículo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó el 20 de marzo de este año tres sentencias muy relevantes. Se trata de la resolución de los asuntos C-524/15, *Luca Menci c. Italia*, C-537/16, *Garlsson Real State SA y otros c. CONSOB*, y C596/16, E. *Di Puma c. CONSOB* y C597/16, *A. Zecca c. CONSOB*. Estos casos tienen en común no sólo el dato de la doble sustanciación de procedimientos sancionadores –administrativo y penal– sino el modelo argumental aplicado en ellos por el Tribunal de Justicia: considerar que estamos ante casos de limitación del derecho fundamental contemplado en el artículo 50 CDFUE cuya legitimidad deriva, en su caso, del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 52.1 CDFUE.

El primero de los casos es el asunto *Luca Menci c. Italia* (82) cuya tramitación fue paralizada y que fue avocada a Gran Sala al dictarse la STEDH en el asunto *A y B c. Noruega*. En este caso el Sr. Menci fue sancionado en vía administrativa por impago del IVA, no recurrió la sanción sino que pidió el pago aplazado de la misma que fue aceptado por el tribunal, y, con posterioridad, se abrió el procedimiento penal por fraude tributario. El juez preguntó al Tribunal de Justicia si los artículos 50 CDFUE y 4 del Protocolo 7 CEDH se oponen a una regulación nacional que permite que se sustancie un procedimiento penal cuando ya ha sido sancionada la misma persona en vía administrativa. El Tribunal, tras analizar si estamos ante procedimientos de carácter penal y si existe identidad de hechos y formular una conclusión positiva de ambas cuestiones, sostiene que la aplicación cumulativa de una sanción administrativa y otra penal constituye una limitación del derecho al *ne bis in idem* contemplado en el artículo 50 CDFUE. No obstante, argumenta que, como ya declaró en la sentencia del asunto *Spasic* de 2014, el artículo 52.1 de la

(81) Entiendo que carece de habilitación legal, y, por tanto, actúa sin norma de cobertura, puesto que si los hechos son constitutivos de delito, carece de jurisdicción para actuar, sino que tiene que paralizar el procedimiento y dejar que actúa la Jurisdicción penal.

(82) En este caso, el Abogado General Sánchez-Bordona se manifestó a favor de mantener la jurisprudencia y declarar vulnerado el derecho. *Cfr.* Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2017.

propia Carta admite la posibilidad de que esta limitación sea legítima siempre que se den los requisitos que el propio precepto contempla: que la limitación del ejercicio del derecho esté prevista en la ley, que respete su contenido esencial y el principio de proporcionalidad, es decir, que la limitación obedezca a un objetivo legítimo –de interés general para la Unión o necesario para la protección de los derechos o libertades de otros–, que sea necesaria para alcanzarlo y que no imponga más cargas al ciudadano que las estrictamente necesarias (83).

En el examen del caso concreto, el Tribunal concluye la legitimidad de la limitación. Así, tras constatar que la limitación está prevista en la ley y afirmar que respeta el contenido esencial del derecho, dado que la posibilidad de acumulación está sometida a límites y condiciones estrictas, sostiene que la limitación responde a un objetivo general de la Unión que es garantizar la integridad y la percepción del IVA. En este contexto, y dada la relevancia de tal objetivo, razona que la acumulación de procedimientos y sanciones penales puede justificarse si cada uno cumple fines complementarios teniendo por objeto aspectos complementarios del mismo hecho, lo que debe examinarse por los jueces nacionales. Respecto del caso entiende que parece legítima la acumulación ya que el procedimiento administrativo obedece al objetivo de reprimir y disuadir todo impago que proceda de cualquier comportamiento, intencional o no, mientras que el proceso penal pretende disuadir y reprimir las faltas más graves con sanciones penales más severas. De otra parte, en el análisis de la proporcionalidad, sostiene, en primer lugar, que esta no puede negarse por el solo hecho de la acumulación dado que la legislación comunitaria que exige sanciones efectivas y disuasorias del fraude del IVA prevé que los Estados miembros pueden elegir entre sanciones administrativas, penales o una combinación de ambas; de modo que si se entendiera que la acumulación por sí misma es desproporcionada, ello desconocería que esta es una de las opciones de los Estados. En segundo lugar, afirma que el respeto a la proporcionalidad exige primero que la legislación establezca reglas claras y precisas que permitan al justiciable prever qué actos u omisiones son susceptibles de tal acumulación, lo que se daría aparentemente en el caso. Por último, mantiene que la acumulación no impone cargas excesivas al ciudadano ya que, de un lado, tal acumulación solo es posible cuando se trata de fraude elevado del IVA de modo que la gravedad de la infracción y la severidad de la sanción es fundamento de la necesidad de tal acumulación; y, de otro, porque la sanción resultante no puede ser desproporcionada ya que la legislación prevé tanto la suspensión de la ejecución de la sanción administrativa como la aplicación de una atenuante en el proceso penal por pago voluntario de la sanción administrativa, atenuante que permite atemperar la sanción penal resultante.

En el caso C-537/16, *Garlsson Real State SA y otros c. CONSOB*, se trataba de un procedimiento sancionador del CONSOB seguido de un procedimiento penal en aplicación de la legislación sobre abuso de mercado. El Tribunal de Justicia, aplicando el mismo modelo de razonamiento, concluyó que la limitación de la prohibición de *bis in idem* no era legítima. De un lado, pues no pasaba el test de la proporcionalidad estricta, ya que, aunque la acumulación estaba prevista en la ley, respetaba el contenido esencial del derecho y la acumulación de procedimientos obedecía a un fin legítimo y era necesaria para alcanzarlo. Sin embargo, a pesar

(83) Pár. 41 y ss.

de ello se imponían cargas excesivas al ciudadano. En particular, el Tribunal razona que si bien la legislación prevé que, en caso de concurrencia de multas penales y administrativas, la multa penal solo pueda tener como montante lo que exceda de la administrativa, no hay reglas para la concurrencia de la pena de prisión y la multa administrativa, por lo que no se garantiza que el conjunto sancionador resultante no sea desproporcionado (84).

Particular interés tiene la sentencia dictada en los asuntos acumulados C596/16, *E. Di Puma c. CONSOB* y C597/16, *A. Zecca c. CONSOB*, pues en ellos los tribunales penales absolvieron del delito de *insider trading* a los acusados por entender que los hechos no habían sido probados, y los órganos judiciales preguntaron al Tribunal de Justicia si es posible la persecución posterior de los hechos en vía administrativa con base en la obligación de los Estados de establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias prevista para el caso en el artículo 14.1 de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero de 2003 sobre operaciones de iniciados y abuso de mercado. Además preguntan en primer término, si esta persecución sería posible o violaría el artículo 50 CDFUE y en segundo lugar, si el artículo 654 del Código procesal penal italiano, que establece que el procedimiento penal tiene efecto de cosa juzgada sobre los procedimientos civiles y administrativos siempre que el reconocimiento de derechos o intereses dependa de la constatación de los mismos hechos considerados pertinentes en vía penal, es conforme con el artículo 14.1 de la citada directiva, pues ello implica que la determinación fáctica realizada en vía penal vincula a los órganos administrativos.

La sentencia analiza en primer lugar esta última cuestión concluyendo que la legislación que establece el efecto de cosa juzgada de la resolución penal no es un obstáculo para que se puedan sancionar de manera efectiva los hechos como exige la legislación comunitaria, de un lado, porque el CONSOB puede participar en el proceso penal como parte civil y presentar toda la documentación necesaria para que se puedan probar los hechos, y, de otro, porque se podría reabrir el procedimiento penal según establece el artículo 4 del Protocolo 7 cuando existan nuevas pruebas o hechos (85). A continuación el Tribunal de Justicia analiza la proporcionalidad de la limitación del derecho, afirmando primero que, si bien la acumulación de procedimientos sancionadores obedece a un fin legítimo –la protección de la integridad de los mercados financieros y de la confianza del público en los instrumentos financieros–, sin embargo, una nueva persecución posterior al cierre definitivo de un procedimiento penal que declara que los hechos imputados no se han probado, sobrepasaría de forma manifiesta lo necesario para alcanzar tal objetivo legítimo. La razón reside precisamente en la existencia de un pronunciamiento penal afirmando la falta de prueba y, por tanto, la ausencia de los elementos constitutivos de la infracción contemplada en el artículo 14.1 de la directiva ya citada, pues ello implica que una nueva persecución carecería de todo fundamento (86). Por ello sostiene que en estas circunstancias una nueva persecución penal contradi-

(84) Párs. 60 y 61. Además se afirma que el hecho de que la pena haya recibido una amnistía parcial evita la vulneración del derecho pues este protege al enjuiciamiento y condena nueva tras un pronunciamiento definitivo lo que incluye también a los que después han sido amnistiados (pár. 62).

(85) Párs. 34-36.

(86) Párs. 44 y 45.

ría el artículo 50 CDFUE, sin perjuicio de que nuevos hechos o pruebas permitieran la reapertura del procedimiento penal mismo.

32. En mi criterio estas sentencias representan una opción muy sensata de resolución de los casos concretos y del problema general, que mitiga los efectos de una comprensión maximalista del derecho en la misma línea que lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 2016. De hecho, el Tribunal de Justicia no olvida en su argumentación que los derechos de la Carta deben ser interpretados de conformidad con el contenido asignado a los mismos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos según ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; por ello, se refiere a la STEDH en el caso *A y B c. Noruega* para sostener que el Tribunal de Estrasburgo admite ahora que la acumulación de procedimientos y sanciones tributarias y penales no vulnera el artículo 4 del protocolo 7 siempre que los procedimientos tengan una suficiente vinculación material y temporal (87).

Como he venido defendiendo desde hace años y de nuevo en este texto, el núcleo esencial de la prohibición de *bis in idem* sancionador reside en la proporcionalidad de la sanción, por lo que las afirmaciones realizadas en estas sentencias me parecen muy razonables. Se trata de analizar caso a caso las posibilidades previstas en la legislación para atemperar la sanción final, descontando la ya impuesta, aplicando una atenuación o cualquier otra vía. De modo que si, como sucede en el caso *Garlsson Real State SA y otros c. CONSOB* no es posible atemperar la acumulación de sanciones, se entenderá que no es legítima la restricción del derecho (88). De otra parte, también queda claro en estas sentencias que la mera sustanciación de dos procedimientos –administrativo sancionador y penal estricto– puede no suponer una vulneración del artículo 50 CDFUE; si bien se admite que esta acumulación de procedimientos constituye *per se* la restricción del derecho, esta puede estar justificada si se cumplen los requisitos del artículo 52.1 CDFUE, entre los cuales está la proporcionalidad estricta. Y, finalmente, de la resolución de los casos *Di Puma y Zecca* deriva no sólo que debe existir coordinación entre los procedimientos sancionadores, sino que no puede haber más que un proceso de fijación de los hechos, hasta el punto de que si se han declarado no probados los hechos imputados, no cabe una nueva persecución pues no podría decirse que esta acumulación pretende alcanzar el objetivo legítimo, del que realmente se hallaría desvinculado una vez que se hubiere declarado que los hechos imputados no habían sido acreditados.

(87) Pár. 61.

(88) Una de las críticas que se esgrimieron contra la solución del descuento de la STC 2/2003 residió en que el descuento servía para las sanciones pecuniarias, pero no para cuando se prevén sanciones pecuniarias en vía administrativa y penas privativas de libertad en vía penal. Y a esta misma objeción parece referirse el caso. Sin embargo, con independencia de que la legislación italiana no previera ninguna regla para atemperar la sanción resultante, lo cierto es que existen posibilidades para hacerlo. De hecho, bastaría con crear una regla como la existente en los Códigos penales para convertir la multa en días de prisión o días de trabajos en beneficio de la comunidad en caso de impago de la multa. Así el Código penal español en su artículo 53 establece que dos cuotas impagadas –del sistema días-multa– equivalen a un día de prisión y que en caso de multa proporcionalidad los jueces determinarán la responsabilidad subsidiaria a su prudente arbitrio, estableciendo un límite de un año de prisión.

33. Con ello se produce esta segunda convergencia de la jurisprudencia europea aunque esta vez es Estrasburgo quien ha atraído hacia sí la jurisprudencia de Luxemburgo. Y lo ha hecho reconociendo lo que el Tribunal Constitucional español declaró en la STC 2/2003 y el Abogado General Cruz Villalón argumentó en sus conclusiones en el asunto *Åkerberg Fransson*, si bien a ello ha añadido otros requisitos: que no toda acumulación de procedimientos administrativo sancionador y penal supone siempre la vulneración de la prohibición de incurrir en *bis in idem* si la segunda sanción impuesta toma en consideración la primera. Quince años han pasado desde la sentencia del Tribunal Constitucional español y muchas son las idas y venidas de los pronunciamientos europeos en esta materia en la que la jurisprudencia se ha perfilado exigiendo, como acabamos de exponer, requisitos más precisos que el mero descuento para considerar que la dualidad sancionadora y procedimental es compatible con el artículo 50 CDFUE y el artículo 4 del Protocolo 7 al CEDH. Precisiones aparte, aunque el diálogo europeo se ha producido en primera persona entre los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, no puede dejar de reconocerse la contribución de los distintos Estados europeos a su construcción a través de su propia participación en los procedimientos europeos, ni tampoco puede dejar de entretenerse en este caso *the Spanish connection*.

BIBLIOGRAFÍA

- CANO CAMPOS, T., «Novedades e interrogantes en la nueva regulación de la potestad sancionadora de la Administración», en SANTAMARÍA y otros, en *La reforma del procedimiento administrativo y del régimen del sector público*, Institut d'Estudis Autònomic, Palma de Mallorca, 2016.
- CRUZ VILLALÓN, «Unos derechos, tres tribunales», en CASAS BAAMONDE y otros coords., *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez Piñero*, Madrid, Wolters Kluwers, 2006.
- DI FEDERICO, G., «EU Competition Law and the Principle of *Ne Bis In Idem*», en *European Public Law*, 17, núm. 2, 2011.
- FATTA, C., «Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria», en *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1, disponible en <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/01/19/volto-del-ne-bis-idem-nella-giurisprudenza-della-grande-camera-la-compatibilita-doppio-binario-sanzionatorio-materia-tributaria/>
- GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes, Barcelona, Cedecs, 1995.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria*, Bosch, Barcelona, 1947, (1952).
- KLIP, A., *European Criminal Law, an integrative approach*, 3.^a ed., Intersentia, Bristol, 2016.
- LOZANO, B., «La nueva legislación básica de las sanciones administrativas: visión general y tabla de concordancias y novedades», *La Ley*, 2015, disponible en <http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbFICTEAA->

- iMjS0MjQ7Wy1KLizPw8WyMDQ1NDIwMjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWmp
Sfn42ir54uPrMYseCgqL8stQUkBkWQHITQ0MDIwBC2R2naQAAAA==WKE
- OLIVA SANTOS, A. de la, *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- ORTEGA, J., «La Europeización de la Administración que aplica el Derecho de defensa de la competencia. ¿Hasta qué punto influye el Derecho europeo en la configuración de su estructura organizativa, en su procedimiento y en el contenido de sus decisiones?», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015.
- PARONI PINI, G., «Corte Europea dei Diritti Dell' Uomo: Grande Camera detta i limiti di applicabilità del principio ne bis in idem», en *Rivista di Diritto Tributario*, suplemento online, 17 de enero 2017, disponible en <http://www.rivistadirittotributario.it/2017/01/17/corte-europea-dei-diritti-delluomo-la-grande-camera-detta-limiti-applicabilita-del-principio-del-ne-bis-idem/>
- PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem*, al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», *La Ley*, núm. 5802, 13 de junio 2003.
- «Sobre la legitimidad y la necesidad de las limitaciones a la prohibición de incurrir en *bis in idem* en un contexto transfronterizo europeo: a propósito de la STJ 27.05.2014 (Gran Sala), as. Zoran Spasic (C.129/14PPU)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 54, 2015.
- «La prohibición de incurrir en bis in idem en España y en Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (De Luxemburgo a Estrasburgo)», en PÉREZ MANZANO, LASCURAÍN (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 160-161.
- «El mercado único de los derechos fundamentales y los principios y garantías penales», *Revista General de Derecho Penal* (RGDP), núm. 28, 2017.
- SATZGER, H., *International and European Criminal Law*, C. H. Beck/Hart/Nomos, Munich, 2012.
- VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010.
- VERVAELE, J., «The application of EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem principle in the member states of the EU. CJEU judgment (Grand Chamber) C-617/10 of 26 February 2013», *Review of European Administrative Law*, 2013.
- «*Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», en *Indret*, núm. 1, 2014.
- VIGANO, F., «*Ne bis in idem* e doppio binario sanzinatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate», en *Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016, disponible en <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5063-la-grande-camera-della-corte-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-doppio-binario-sanzionatorio>