

**EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*. TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO
POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
(TEDH), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
(TJUE) Y POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)**

José Miguel Compañy Catalá
*Fiscal delegado de Cooperación Internacional
Fiscalía Provincial de Barcelona, Dr. en Derecho*

SUMARIO

1. Introducción. 1.1 Introducción general. 1.2 Introducción específica. 2. Regulación legal del principio *ne bis in idem*. 2.1. En el derecho comunitario. 2.2. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). 3. El *bis* en la jurisprudencia del TJUE. 4. El *idem* en la jurisprudencia del TJUE. 4. La identidad de hechos. 4.2 Identidad de sujetos. 4.3 Otro supuesto. 5. El *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TEDH. 5.1 Nociones generales. 5.2 El *bis* en la jurisprudencia del TEDH. 5.3. El *idem* en la jurisprudencia del TEDH. 6. Relaciones entre la jurisprudencia del TJUE y la jurisprudencia del TEDH en materia de *ne bis in idem*. 7. El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TC. 8. Conclusiones. 9. Tablas de sentencias.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. INTRODUCCIÓN GENERAL

El 2 de febrero de 2015, cuando pronunció el discurso de apertura del año judicial del TEDH, Pérez de los Cobos puso de manifiesto lo siguiente:

«[...] la dimensión multinivel del sistema europeo de protección de derechos humanos [...] hoy es con seguridad el principal desafío al que nos enfrentamos. La complejidad de este sistema viene dada por la superposición de distintas declaraciones de derechos (constituciones nacionales, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), cada una de las cuales está respaldada por la jurisdicción de un tribunal que se presenta como su máximo intérprete. A las inevitables discrepancias jurisprudenciales, se suma la complejidad procedimental derivada de la posibilidad de interponer, en el curso del mismo proceso, recursos ante diferentes instancias. Las normas vigentes no ofrecen pautas claras respecto de las distintas posibilidades que se presentan al ciudadano, por lo que deben acometerse las reformas necesarias que permitan minimizar la sensación de incertidumbre que puede generar el sistema multinivel».

El expresidente del Tribunal Constitucional abogó por que los actores implicados en la protección de los derechos humanos sigan apostando por el diálogo, el conocimiento recíproco y la empatía como medios para resolver posibles fricciones.

A este estado de cosas en el que la incertidumbre está casi al mismo nivel en el juez y el fiscal que en el ciudadano, no es ajeno ni puede serlo tampoco el principio *ne bis in idem*.

1.2. INTRODUCCIÓN ESPECÍFICA

A meros efectos de situar la cuestión, comenzaré citando la definición que del principio *ne bis in idem* realiza Del Rey Guanter¹, según el cual se trata del principio general del derecho que, con base en los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se de una identidad de sujetos, hechos y fundamento y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la administración.

¹ DEL REY GUANTER, Salvador. *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (eds.) 1990, p. 468.

Por mi parte, como luego se tendrá oportunidad de ver al examinar las diferentes doctrinas, creo que parece que el principio *ne bis in idem* tiene también que ver con el principio de legalidad y el de tipicidad, tanto de las infracciones como de las sanciones. O si se prefiere, en palabras de Vervaele², es un principio de tutela judicial para el ciudadano frente al *ius puniendi* del Estado y, como tal, forma parte de los principios del debido proceso y del juicio justo. En otras palabras, el *ne bis in idem* ha devenido un derecho fundamental que protege contra la acumulación de sanciones penales.

Como es sabido, dicho principio no viene regulado de manera expresa en la Constitución Española (CE), por lo que es en el ámbito de la Unión Europea (UE) y de los convenios europeos de derechos humanos donde se aborda la cuestión y de donde, me atrevería a decir, bebe el TC y en consecuencia el resto de tribunales españoles para resolver los supuestos de *ne bis in idem*.

2. REGULACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

2.1. EN EL DERECHO COMUNITARIO

El artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) dice:

«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».

Por su parte, el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) señala que: «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

² VERVAELE, John A.E. «*Ne bis in idem*, un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea». Barcelona: Indret 2014, n.º 1. En idéntico sentido : LELIEUR-FISCHER, J. *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, eds. París : Université Pantheon I, Sorbone 2005, pp. 350 a 355.

2.2. EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

El artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH dice que:

«1. Nadie podrá ser juzgado o sancionado de nuevo en un procedimiento penal bajo la jurisdicción del mismo Estado por una infracción por la que ya haya sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del caso de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del Estado concernido, si hay prueba de nuevos hechos o se descubren hechos que no se conocieran con anterioridad, o si hubiera habido un defecto fundamental en el primer procedimiento que pudiera afectar a la resolución del caso».

3. EL BIS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE³

En el ámbito de la UE, el principio *ne bis in idem* por lo que respecta a cómo deben ser los procedimientos que sucesivamente imponen una absolución o una sanción (*bis*), fue objeto de un amplio reconocimiento por la Sentencia del TJUE (STJUE) de 11 de febrero de 2003, casos Gözütok y Bruegge acumulados.

El Sr. Gözütok era un ciudadano turco residente en Holanda. En su restaurante de comida rápida kebab se encontró por la policía marihuana y hachís. El fiscal holandés acordó el sobreseimiento del procedimiento. El Sr. Gözütok tenía, asimismo, una cuenta corriente en una entidad bancaria alemana desde la que manejaba grandes sumas de dinero que parecían no corresponderse con los ingresos procedentes de la venta de kebab. La Fiscalía alemana realizó una investigación y acabó acusando de nuevo al Sr. Gözütok por tráfico de drogas. El Tribunal alemán planteó al TJUE una cuestión prejudicial europea preguntando si el sobreseimiento ordenado por el fiscal holandés debe ser considerado resolución judicial a los efectos del artículo 54 del CAAS. El TJUE concluyó que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, por los que el Ministerio

³ En la exposición de los hechos de las sentencias del TJUE y en la clasificación de estas, sigo básicamente a: LLOPIS NADAL, Patricia. *El Mito de Europa* [en línea]. [ref. 13 de noviembre de 2017].

Fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin que llegue a iniciarse el procedimiento judicial⁴.

Por su parte, el Sr. Bruegge era un ciudadano alemán que causó unas lesiones dolosas en Bélgica a una ciudadana belga. La justicia belga es más lenta que la alemana y cuando el caso llegó a los tribunales, en Alemania ya se había sobreesido por el fiscal en virtud del acuerdo que alcanzaron las partes, mediante el cual el Sr. Bruegge indemnizó a la ciudadana belga a su satisfacción. Dicho procedimiento de renuncia a la acción penal por acuerdo indemnizatorio y ausencia de voluntad de persecución entre las partes tiene también lugar ante el Ministerio Fiscal y por tanto termina sin sentencia. El Tribunal belga preguntó al TJUE lo mismo que el Tribunal alemán en el caso Gözütok, es decir, si esa decisión del fiscal de no acusar debido al pacto previo es equiparable a efectos del artículo 54 del CAAS a una decisión judicial. A este respecto, el TJUE, amén de decir de nuevo que efectivamente una decisión definitiva de no ejercer la acción pública por un fiscal tiene las mismas características que una resolución judicial, puso de manifiesto dos cuestiones fundamentales para la interpretación posterior del *ne bis in idem* en el marco de la UE:

1. El principio del Art. 54 del CAAS no está supeditado en cuanto a su aplicación a una armonización de las legislaciones estatales, sino antes, al contrario, es un principio que implica confianza mutua entre los Estados para respetar la solución otorgada al caso por otro Estado extranjero, aunque no coincida con la que tendría el ordenamiento propio para el caso.
2. El fundamento del artículo 54 del CAAS es conseguir la libre circulación de personas en la UE, principio que se vería enormemente dificultado si una vez un ciudadano resultara absuelto o condenado en un Estado, se pudiera repetir la condena en los sucesivos Estados a los que el sujeto se desplazara.

Asimismo, en el Caso Gasparini y otros de 28 de septiembre de 2016 en el que el ciudadano italiano Sr. Gasparini introdujo en España aceite tunecino y turco de contrabando a través de Portugal, donde fue juzgado y absuelto por prescripción, la Audiencia Provincial (AP) de Málaga planteó la cuestión prejudicial de si la prescripción era también una absolución

⁴ La jurisprudencia posterior del TJUE al respecto aclara que el archivo tiene que ser por razones de fondo. En el caso Miraglia, el fiscal holandés, para no violar el *ne bis in idem*, había sobreesido preventivamente la causa al existir instrucción paralela en Italia, lo que obviamente no es una resolución de fondo. (STJUE, Caso Miraglia, de 9 de marzo de 2006).

definitiva en el sentido del artículo 54 del CAAS, contestando el TJUE que sí y debiendo por lo tanto archivarse el caso⁵.

De otro lado, siguiendo con el procedimiento de adopción de las resoluciones que acuerdan la sanción o la absolución y por lo que hace al término firme del artículo 50 de la CDFUE, el caso Turansky de 22 de diciembre de 2008 interpreta dicho concepto. El Sr. Turansky, de nacionalidad eslovaca, presuntamente habría cometido un robo a una ciudadana austríaca en Austria. Cuando el fiscal austríaco tiene conocimiento de que se siguen acciones penales contra este en Eslovaquia, suspende su procedimiento, pero después en Eslovaquia el fiscal eslovaco considera que los hechos no son delictivos. Austria pregunta al TJUE si dicha decisión del fiscal puede calificarse de firme. La sentencia estudia el complejo procedimiento eslovaco y llega a la conclusión de que no, habida cuenta de que en el proceso penal eslovaco las decisiones del fiscal no impiden que se pueda volver a incoar diligencias penales por los mismos hechos⁶, con lo que no se trata de una decisión firme a los efectos del artículo 50 de la CDFUE estudiado.

4. EL *IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La doctrina tradicional solía decir que para que concurra el principio que venimos estudiando, se tiene que producir identidad de hechos, sujeto/s y fundamento o causa de pedir⁷. Pese a que como veremos a lo largo del presente artículo, la jurisprudencia internacional ha superado ese triple criterio, metodológicamente al menos, este presenta alguna claridad expositiva, por lo que, aunque no rigurosamente, guiará mi exposición de la jurisprudencia del TJUE⁸. Se trata en suma de saber qué es lo que no puede resultar sancionado dos veces, unos hechos materiales, unos hechos en sentido amplio o jurídico o una calificación jurídica de lo sucedido.

⁵ Parcialmente, como más adelante se verá.

⁶ Nótese la similitud con las diligencias de investigación del Fiscal reguladas en España por el EOMF de 1981 reformado en 2007.

⁷ Véase por todos GORRIZ ROYO, Elena. *Sentido y alcance del ne bis in idem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia del TC (sobre todo en la STC 2/2003)*. Castellón: Universitat Jaume I (eds.) 1998, pp. 209 y 210. Que los da por supuestos y que lo que critica es el reduccionismo en su interpretación por parte del TC.

⁸ En igual sentido crítico, pero utilizando la tradicional distinción, ver PARDO, M. *et al. Especial Consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional*. Murcia: Universidad de Murcia (eds.) 2007, pp. 6 a 11.

4.1. IDENTIDAD DE HECHOS

El TJUE ha ido perfilando en su jurisprudencia qué hay que entender por *hecho*. Así, en el caso Van Esbroeck, de 9 de marzo de 2006, el Sr. Van Esbroeck es un ciudadano belga condenado en Noruega por tráfico de drogas a cinco años de prisión. Sin embargo, cuando obtiene el tercer grado regresa a Bélgica. Allí la Fiscalía belga lo vuelve a procesar por tráfico de estupefacientes y resulta condenado a un año de prisión. Cuando por su recurso el caso alcanza el Tribunal Supremo belga, este plantea al TJUE la cuestión prejudicial europea. En ella pregunta si deben considerarse los mismos hechos el poseer la sustancia para su puesta en circulación (posesión en Bélgica) y su exportación (a Noruega). El TJUE sentencia que, con independencia de su calificación jurídica, el concepto de hechos es un concepto material. En el presente caso la sustancia es la misma, lo que provoca la casación de la sentencia belga de primera instancia⁹.

Por lo tanto, la cuestión de la identidad de derecho, en el ámbito de la UE queda muy matizada o disminuida. Es decir, con la interpretación de los hechos en sentido material que realiza el TJUE, pierde trascendencia la cuestión de la calificación jurídica, que lógicamente puede ser distinta en cada país. Esta idea se ve reforzada por el marco de reconocimiento mutuo en materia penal que va tomando cada vez más cuerpo en el derecho comunitario. Valga solo como ejemplo, la lista de treinta y dos delitos para los que no resulta necesaria comprobación de la doble incriminación que se incorporó a la Decisión Marco (DM) 2002/584/JAI y sucesivas decisiones marco relativas a cooperación internacional en materia penal, que van reproduciendo las distintas leyes de trasposición, como por ejemplo la española 23/2014 de 20 de noviembre en su artículo 20.

4.2. IDENTIDAD DE SUJETOS

En el caso Gasparini antes mencionado, el TJUE puso de manifiesto respondiendo a la segunda cuestión prejudicial de la AP de Málaga que el *ne bis in idem* no afecta a los sujetos investigados ante esta que no fueron

⁹ La misma consideración se hace por el TJUE respecto al aceite de contrabando del caso Gasparini en cuanto a que si bien en Portugal el aceite se encuentra en tránsito y en España es vendido, el aceite de contrabando es el mismo, un único aceite. En Kraaijenbrink (STJUE de 2005), en una doble condena por blanqueo procedente de narcotráfico en Holanda y en Bélgica, el TJUE no entra en los hechos cuando señala que el determinar si son los mismos hechos corresponde al segundo tribunal sentenciador, es decir, al belga.

enjuiciados por los tribunales portugueses, con lo que permite celebrar el juicio para acusados distintos.

En el caso M. de 5 de junio de 2014, el Tribunal de Fermo, en Italia, planteó asimismo una cuestión prejudicial europea al TJUE. Los hechos se pueden resumir como sigue: M. es un ciudadano italiano que reside en Bélgica y que es denunciado en 2004 varias veces por su nuera Q., que alega que ha abusado sexualmente con violencia de su nieta N. entre mayo de 2001 y febrero de 2004, siendo N. una menor de muy corta edad nacida el 29 de abril de 1999. El 15 de diciembre de 2008 el juez de Garantías belga decide que el caso no acceda a la fase de juicio oral por falta de pruebas. En paralelo y como quiera que Q. hubiera asimismo denunciado los hechos en Italia, en 2006¹⁰ se abrió procedimiento contra M. por los mismos hechos ante el Tribunal de Fermo. En este segundo caso, en cambio, el juez de Garantías italiano decretó la apertura de juicio oral y al inicio de las sesiones de juicio es el propio M. el que invoca la violación del principio *ne bis in idem*.

El tribunal, como se ha dicho con anterioridad, planteó la siguiente cuestión prejudicial: ¿Un sobreseimiento que termina un proceso penal tras una extensa investigación de los hechos, pero que permite en su caso la reapertura del procedimiento si hubiera nuevas pruebas, dictado por un Estado miembro de la UE impide iniciar y desarrollar un proceso contra la misma persona por los mismos hechos en otro Estado miembro?

De acuerdo con la sentencia Miraglia ya mencionada, el TJUE señala que es necesario que la decisión de sobreseimiento sea de fondo. Es decir, tienen que haberse analizado los fundamentos jurídicos del caso y dice asimismo el TJUE que hay que tener en cuenta que si alguien ha sido absuelto o el caso se ha sobreseído contra él o contra ella porque la prueba practicada en el caso de absolución o los indicios racionales de criminalidad acumulados en el caso de sobreseimiento eran insuficientes, debe considerarse que la resolución cumple con esos requisitos (Van Straaten, 2006, parr. 60).

4.3. OTRO SUPUESTO

Aunque me parece un supuesto de *idem*, es decir, de qué requisitos o contenido deba en este caso reunir la sanción impuesta de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 del CAAS, no es un claro supuesto de fundamento que merecería conforme a la doctrina clásica un apartado propio y

¹⁰ Vemos de nuevo que la justicia belga es también más lenta que la italiana.

tampoco encaja en los apartados relativos a los sujetos o a los hechos. Por ello, lo denomino *otro supuesto*.

Se trata de un ejemplo de sentencia cuya pena no se pudo ejecutar. En el caso Bourguain, un miembro de la legión extranjera francesa mata a otro compañero de nacionalidad alemana en Argelia, entonces territorio francés. En 2001 se promulga una ley francesa de amnistía de todos los crímenes relativos a la guerra de Argelia y asimismo, en el caso concreto, la pena impuesta a M. Bourguain había prescrito sin ser ejecutada. Cuando Alemania pretende juzgarlo por homicidio y el Tribunal alemán plantea la cuestión prejudicial europea, se le contesta por el TJUE que es un caso claro de sanción que no puede ejecutarse ya, según la legislación de la parte contratante en la que recayó la condena, en este caso, Francia.

5. EL NE BIS IN IDEM EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

5.1 NOCIONES GENERALES

Tradicionalmente, mucho más allá de las resoluciones del TJUE, iban a nivel internacional los arts. 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹. Dichos preceptos protegen al ciudadano no solo frente a la ulterior sanción (administrativa o penal según veremos), sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos, una vez ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado —absolución o sanción— de este.

Los preceptos citados no distinguen entre el supuesto de que el procedimiento sancionador inicial sea penal o administrativo, ni entre sentencia condenatoria o absolutoria y terminación anormal del proceso. Es decir, el derecho humano se concentra en no ser perseguido punitivamente dos veces.

La cuestión fundamental que diferencia al TEDH del resto de tribunales por lo que hace al *ne bis in idem* y más concretamente por lo que hace a qué contenido tenga que tener la infracción a sancionar y el proceso en el que recaiga sanción o absolución es que viene estableciendo reiterada-

¹¹ En cuanto a que, como se verá, ampliaban muchísimo el concepto de sanción penal y, asimismo, hasta que entra en vigor la CFDUE, el TJUE no se ocupaba de derechos fundamentales.

mente desde hace más de cuarenta años que las sanciones administrativas, cuando cumplen una serie de requisitos, deben ser consideradas como si fueran sanciones penales a efectos de violación o no del principio *ne bis in idem*¹².

Es, por tanto, clave a estos efectos tratar de explicar cuándo una sanción administrativa cumple los requisitos para ser considerada una sanción penal. Esto el TEDH lo resolvió hace mucho tiempo en su Sentencia Engel *vs.* Netherlands, de 8 de junio de 1976, donde fijó los siguientes criterios para determinar cuándo una sanción administrativa se considera por el TEDH penal a efectos de *ne bis in idem*.

El primer criterio es la clasificación legal de la infracción de acuerdo con la ley nacional.

A este respecto, debe ser tenida en cuenta jurisprudencia relativamente reciente en la que el TEDH declara que:

«El Tribunal pone de manifiesto que con relación a la clasificación legal bajo la ley nacional, la esfera definida en varios ordenamientos jurídicos similares como “infracción administrativa/falta”¹³, incluyendo la protección del orden público como bien jurídico protegido, incluye ciertas infracciones que tienen una connotación penal pero que son demasiado triviales para estar reguladas por la ley penal y el procedimiento penal» (Zolotukhin *vs.* Rusia, 10 de febrero 2009 § 54; Maresti *vs.* Croacia, 25 de junio 2009, y Muslija *vs.* Bosnia-Herzegovina, 14 de enero 2014, § 58 y § 27 respectivamente).

El segundo criterio sería el de la naturaleza de la infracción.

Y el tercero, el grado de severidad de la sanción o de la pena con la que puede ser sancionada la persona autora de la infracción.

Hay que tener, asimismo, en cuenta que los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos. Es decir, es suficiente que la infracción en cuestión sea vista por su propia naturaleza como penal o que la infracción sea susceptible de poder ser sancionada con una sanción que por su severidad y naturaleza pertenezca a la esfera del derecho penal (Ezeh y Connors *vs.* Reino Unido, 2003).

¹² Esta toma de posición del TEDH afecta indirectamente a otras materias de su jurisprudencia. Así, por ejemplo, a la existencia o no de un recurso en los casos de aquellas sentencias contencioso-administrativas en las que conforme a los criterios del TEDH la sanción impuesta deba considerarse penal a efectos de *ne bis in idem*. (Véase a contrario Kurdov et Ivanov *vs.* Bulgaria de 31 de mayo de 2011).

¹³ El entrecomillado es del propio TEDH.

Sin embargo, la relativa falta de seriedad de la sanción no puede convertir en no penal una infracción que es penal por su propia naturaleza (*Öztürk vs. Alemania*, de 21 de febrero de 1984, y *Lutz vs. Alemania*, de 25 de agosto de 1987).

Esto no excluye en todo caso un análisis conjunto de los dos criterios si un análisis separado de cada uno de ellos no permite alcanzar una conclusión clara sobre la existencia de una infracción de naturaleza penal (*Jussila vs. Finlandia* §§ 30-31, 2006, y de nuevo *Ezeh y Connors vs. Reino Unido*, 2003 § 82-86).

Hoy en día, el TEDH sigue basando sus resoluciones sobre sanciones administrativas a considerar como penales a efectos de *ne bis in idem* en los mismos criterios y solo hace que perfeccionarlos o matizarlos en sus sucesivas sentencias y se diría que a veces incluso solo hace que dar vueltas sobre ellos.

5.2. EL BIS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En *Zolotukhin vs. Rusia* de 10 de febrero de 2009, el TEDH define el *bis* como inicio de un nuevo proceso¹⁴, cuando una absolución o una condena ya han alcanzado fuerza de cosa juzgada.

El TEDH declara que el objetivo del artículo 4 § 1 del Protocolo N.º 7 del CEDH es prohibir la repetición de procedimientos sancionatorios de naturaleza penal cuando el primero de ellos ya haya sido concluido por una decisión definitiva.

Para que sea lo que no quepa repetir dos veces (doble persecución) debemos comenzar analizando *Rivard vs. Suiza*, de 4 de octubre de 2016. En ella el TEDH señala respecto a *Zolotukhin vs. Rusia* que si bien la citada sentencia ha clarificado el enfoque a la hora de abordar la identidad de la infracción —*idem*—, ha abordado muy brevemente la cuestión de la unicidad del procedimiento y no cabe extraer de la citada sentencia consecuencia alguna por lo que hace a la repetición de las persecuciones punitivas —*bis*— (párr. 30).

Por ello, en el caso citado en el que un conductor canadiense circulaba por Suiza a 132 km/h cuando la velocidad máxima autorizada era de

¹⁴ En mi opinión la citada sentencia adolece de falta de consistencia o de contradicciones cuando menos terminológicas. Habla del inicio de un nuevo proceso que después en la misma sentencia llama procesamiento o enjuiciamiento. Es decir, el simple inicio de un nuevo proceso parece que no debería provocar *ab initio* violación ninguna del *ne bis in idem*.

100 km/h y en el que la autoridad administrativa lo sancionó con una multa, y la penal con la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un mes, el TEDH resuelve (anticipando en cierta medida el criterio que plasmara después en *A y B vs. Noruega* ya de manera expresa) que ello no supone una violación del *ne bis in idem*.

Así, el TEDH comienza por observar que de una parte el tribunal penal no es competente para decidir las sanciones administrativas y, viceversa, la autoridad administrativa no es competente para imponer sanciones penales, por lo tanto, cada autoridad tiene una gama disponible de sanciones separadas que no se solapan. Además, la autoridad administrativa no puede apartarse de la sentencia penal para tener por probados hechos que no se han tenido por probados en la sentencia penal. De este modo se aplica el principio de coordinación de los procedimientos penales y administrativos. Por lo tanto, hay entre los procedimientos una relación material que conduce a la solución de que no se ha violado el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

Podemos observar, por tanto, que no se plantearía en principio problema alguno con relación a lo determinado por el TJUE por lo que hace a que el TEDH cuando hace referencia a una absolución admita que caben decisiones no necesariamente definitivas, es decir, sobreseimientos o terminaciones anormales del procedimiento diferentes de una sentencia.

En España este aspecto del *bis* no es tan claro como el aspecto puramente penal¹⁵. Es decir, mientras no es posible en la mayoría de ocasiones siquiera enjuiciar dos veces los mismos hechos en vía penal y las raras veces que ello se produce funciona la vía del recurso de revisión, para cuya interposición está legitimado el Ministerio Público, en cambio, existe confusión clara de identidad entre los límites de las sanciones penales y las sanciones administrativas (*idem*).

Ello repercute necesariamente en saber qué procedimiento sancionatorio administrativo va a provocar problemas de *ne bis in idem* caso de que coincida con un procedimiento penal.

La prohibición constitucional de las sanciones administrativas privativas de libertad (artículo 25, CE) y el hecho de que el procedimiento admi-

¹⁵ Por mi parte, sin desconocer que una vez el CEDH ha entrado en vigor en España, este integra con carácter pleno la legislación española aplicable en la materia, entiendo que la jurisprudencia citada debe admitir algún matiz. Se trata de convenios de una organización internacional, el Consejo de Europa, en la que se agrupan muchos Estados con una gran diversidad de ordenamientos y existen efectivamente algunos de ellos en los que la sanción administrativa puede ser incluso privativa de libertad y el procedimiento de imposición muy similar al de un verdadero juicio.

nistrativo sancionador y su posterior revisión judicial contencioso-administrativa disten mucho de ser un verdadero juicio con las características en cuanto a las garantías para los ciudadanos y la búsqueda de la averiguación de la verdad propias de un juicio penal, implicaba que tradicionalmente la doctrina señalaba que la violación del *ne bis in idem* que ocurría en otros estados no ocurría en España.

Sin embargo, y aunque como se ha visto no es esto tan claro, parece que todavía existen posibilidades de equipararnos con otros países europeos en lo negativo, es decir, en el incremento de eventuales violaciones del principio *ne bis in idem* habida cuenta de la despenalización de las faltas por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 31 de marzo.

Dicha LO en su exposición de motivos señala expresamente en su párrafo XXXI:

«En nuestra ley no hay diferencias cualitativas entre los delitos y las faltas. Las diferencias son puramente formales o cuantitativas en atención al tipo de pena que llevan impuestas. Hasta ahora, la tipificación de ciertas conductas como faltas obedecía a simples razones de política criminal, que en el momento actual han dejado de tener sentido. Ello producía cierta distorsión cuando se comparaba con las sanciones administrativas, que en muchos casos daban una respuesta más severa que la que daba el Código Penal (CP) para teóricamente infracciones más graves. Por tanto, la reforma tipifica como faltas solo aquellas infracciones que cree necesario mantener. La descriminalización del resto de las mismas, dota de consistencia al sistema como un todo, porque la mayoría de ellas describían conductas que son tratadas de un modo más severo en el campo del derecho administrativo sancionador [...]».

Y asimismo, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, LO 4/2015, de 30 de marzo, en su artículo 37 expresamente regula con el objetivo de proteger el orden público algunas de las viejas faltas¹⁶.

Por tanto, se puede concluir que del 1 de julio de 2015 en adelante, los mismos problemas que existen en otros Estados europeos es posible que se presenten también en España.

¹⁶ Recuérdese lo declarado por el TEDH respecto a este tema en sus sentencias relativas al primer criterio para considerar penal una sanción administrativa a efectos de *ne bis in idem*.

5.3. EL IDEM EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Así, el TEDH señala que para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en *bis in idem* no basta con que las infracciones presenten diferencias, o que una de ellas represente solo un aspecto parcial de la otra (STEDH, 23 de octubre de 1995, caso Gradinger vs. Austria, § 55), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio *ne bis in idem* protegido en el art. 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH atañe a las relaciones entre los dos ilícitos aplicados, aunque deja claro que este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la extiende al derecho a no ser perseguido penalmente. (STEDH, de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer vs. Austria, § 29).

De esta manera, cuando diferentes ilícitos basados en un mismo acto son perseguidos de forma consecutiva, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer vs. Austria, § 25; en igual sentido SSTEDH, de 30 de mayo de 2002, caso W. F. vs. Austria, § 25, y de 6 de junio de 2002, caso Sallen vs. Austria, § 25).

Por ello, el TEDH ha considerado que no se había producido vulneración del artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH en el caso Oliveira vs. Suiza, STEDH de 30 de julio de 1998, por entender que existía un concurso ideal de infracciones, y ha inadmitido la demanda en el caso Ponsetti y Chesnel vs. Francia, decisión de inadmisión de 14 de septiembre de 1999, al considerar que las infracciones por las que fue sancionado el recurrente en vía administrativa y penal diferían en elementos esenciales.

Como señala de nuevo Vervaele¹⁷, hasta la sentencia Zolutukin vs. Rusia, de 10 de febrero de 2009, el TEDH oscilaba en su concepción del *idem*, es decir, de aquello que no se puede repetir, entre una concepción de hecho y una de derecho. Por ejemplo, utilizaba la concepción de hechos como hechos materiales cuando hablaba de elementos esenciales de los delitos, en Garretta vs. Francia de 4 de marzo de 2008, aunque previamente había utilizado en Goktan vs. Francia de 2 de julio de 2002 el de hechos jurídicos.

En Zolutukin vs Rusia, la Gran Sala reconoce que su jurisprudencia no ofrecía hasta la fecha ni seguridad jurídica ni orientación y que era necesaria una interpretación armonizadora. Optando finalmente el TEDH por definir el *idem* como hechos materiales. Hechos que señala que deben ser

¹⁷ VERVAELE, J.A.E. *Op. cit.* p. 9.

idénticos en las dos resoluciones sancionadoras o deben ser sustancialmente los mismos.

En mi opinión, de curiosa cabe calificar la reciente sentencia *Tarasov vs. Ucrania* de 16 de junio de 2016 por lo que respecta al *idem*. Así, esta toma el criterio de *Zolutukin vs. Rusia* y señala que el Sr. Tarasov fue condenado por la autoridad administrativa como autor de una infracción menor contra el orden público en un bar y por un delito de lesiones y daños en el mismo bar en el mismo espacio temporal. Para tratar de discernir si los hechos son los mismos, el TEDH se fija en que los hechos que dan lugar a la primera infracción son usar lenguaje obsceno hacia el personal del bar, agarrar y blandir una pata de una silla de madera, amenazar con ejercer violencia física e ignorar todas las advertencias dadas por la autoridad policial para que cesara en su conducta. Mientras que, en la parte penal, el TEDH encuentra que hay hechos que no se referían en la sanción administrativa como son el haber causado lesiones al personal del bar y el haber causado daños a la propiedad del bar (párr. 26 al 28).

A partir de ahí, desde mi punto de vista, hubiera sido deseable que la Gran Sala hubiese abordado el tema de los concursos, la cuestión de si la fase que culmina en una sanción administrativa no era sino la fase inicial del *iter criminis* y, por lo tanto, se trataba de los mismos hechos. El TEDH desperdicia una preciosa ocasión de volver sobre los pasos de *Oliveira vs. Suiza* y establecer nueva jurisprudencia sobre la siempre delicada materia concursal penal. Sin embargo (párr. 29), prefiere señalar que la sanción penal también hace referencia a los insultos obscenos para así concluir diciendo que los hechos son los mismos y se ha violado el *ne bis in idem*.

Probablemente, el caso más importante en la materia desde *Engel*, dado que clarifica la jurisprudencia del TEDH concerniente al cumplimiento con el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH (*ne bis in idem*) de las sanciones administrativas y penales paralelas por la misma conducta y proporciona un marco para examinar en otros casos dicho cumplimiento, me atrevería a decir que es *A and B vs. Noruega*, de 15 de noviembre de 2016.

En un procedimiento administrativo se impusieron recargos fiscales a los demandantes porque habían omitido declarar ciertos ingresos. En paralelo, se desarrolló también un proceso penal en el que fueron condenados por delito contra la Hacienda pública por las mismas omisiones. Los demandantes alegaron que habían sido acusados y condenados dos veces por los mismos hechos.

La Gran Sala revisó la jurisprudencia del TEDH respecto a los casos como el presente de procedimientos paralelos. La Gran Sala entiende que la citada jurisprudencia pone de manifiesto la posibilidad de los estados de

elegir respuestas legales complementarias a conductas socialmente ofensivas (tráfico rodado o impago de impuestos). Dichas respuestas no constituirán una violación del principio *ne bis in idem* si se demuestra que los procedimientos paralelos estaban «suficiente y estrechamente conectados en su sustancia y en el tiempo», permitiendo que los diferentes aspectos de la infracción sean enjuiciados en una forma predecible y proporcionada de tal modo que el implicado no sea sometido a una injusticia. (Ver, entre otras, R. T. vs. Suiza, decisión de inadmisión de 30 de Mayo de 2000, Nils-son vs. Suecia, decisión de inadmisión de 7 de Junio de 2001, y Nykanen vs. Finlandia, sentencia de 20 de mayo de 2014).

Sobre qué debe entenderse por *suficientemente conectados en su sustancia*, deben reunirse ciertas condiciones: los diferentes procedimientos deben perseguir diferentes aspectos de la conducta; los procedimientos deben evitar la duplicación en la recogida de pruebas y la segunda sanción que se imponga debe tener en cuenta la que se haya impuesto primero¹⁸. Será también relevante que los procedimientos administrativos conciernan una conducta (como por ejemplo tráfico rodado o impago de impuestos) que difiera del núcleo duro de la infracción penal, de modo que «las garantías básicas procesales criminales del artículo 6 de la Convención no tengan necesariamente que aplicarse con todo su rigor o severidad» (ver Jussila vs. Finlandia, sentencia de 23 de noviembre de 2006).

Como *suficientemente conectados en el tiempo*, la Gran Sala clarifica que la conexión tiene que ser lo suficientemente estrecha para proteger al individuo de estar sujeto a la incertidumbre, a la dilación y al peligro de que los procedimientos se alarguen o prolonguen en el tiempo.

Aplicando esos principios a los hechos de la presente demanda, la Gran Sala pone de manifiesto que, pese a que se impusieron diferentes sanciones a los demandantes por dos diferentes autoridades en diferentes procedimientos, hubo sin embargo una suficientemente estrecha conexión entre ellos, tanto en sustancia como en el tiempo, «para considerarlos como formando parte de un esquema integral de sanciones bajo la ley de Noruega» por no haber facilitado el demandante información suficiente sobre sus ingresos en sus declaraciones fiscales. Los procedimientos paralelos no constituyeron, por lo tanto, una prescrita duplicación de procedimientos de modo que no hubo violación del artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

¹⁸ Requisito este importante por lo que tiene de aproximación a la jurisprudencia del TJUE en la materia.

6. RELACIONES ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH EN MATERIA DE *NE BIS IN IDEM*

Especialmente interesante a este respecto es la STJUE Akerberg, de 26 de febrero de 2013, en la que la autoridad administrativa de Hacienda de Suecia impone en 2007 al demandante un recargo fiscal de 35 542 coronas suecas por haber suministrado información falsa en sus declaraciones fiscales de 2004 y 2005. Exactamente con base en la misma información falsa suministrada, el fiscal sueco inicia un procedimiento en 2009 y el juez de primera instancia de Haparanda decide suspender el procedimiento y acudir en cuestión prejudicial al TJUE, planteando las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. En derecho sueco se exige una base clara en la jurisprudencia del TEDH para que se puedan inaplicar disposiciones nacionales sobre la base de que violan el *ne bis in idem*. ¿Es eso contrario al derecho de la UE dado que este se basa en los principios de primacía y efecto directo?
2. ¿El recargo fiscal debe considerarse una sanción administrativa a los efectos de integrar el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH y el artículo 50 de la CDFUE?
3. ¿Debe influir en la respuesta a la segunda cuestión el hecho de que exista la posibilidad en el proceso de reducir la sanción ya previamente impuesta en el administrativo?
4. ¿Es el sistema sueco compatible con el principio *ne bis in idem* cuando podría fácilmente establecerse un procedimiento de traslado por la administración y los juzgados contencioso-administrativos del asunto al juez penal para que el mismo impusiera una sola sanción?

El TJUE responde como sigue:

1. No le compete determinar ninguna cuestión relativa al TEDH dado que si bien los derechos humanos comprendidos en el CEDH son principios generales de la UE no son derecho de la UE al no haberse adherido la UE como tal al convenio. *Obiter dicta* señala que, si la pregunta se hubiera referido a la carta de derechos fundamentales, el derecho sueco sería contrario al de la UE dado que limitaría la independencia judicial para la interpretación en su caso con la ayuda del TJUE de la compatibilidad de la normativa sueca con la Carta de Derechos Fundamentales.

2. y 3. El TJUE considera que debe responder conjuntamente a estas dos preguntas y cuando lo hace señala lo siguiente: A fin de garantizar la percepción de todos los ingresos procedentes del IVA y así proteger los intereses financieros de la UE, los Estados disponen de libre elección de las sanciones aplicables, con lo que no es contrario a la UE en abstracto el que haya recargo fiscal y penal. Una vez sentado lo anterior, simplemente añade que debe recordarse (y esto tiene su importancia a la hora de comparar la jurisprudencia del TJUE y del TEDH porque, como puede observarse, son plenamente coincidentes con los que maneja el TEDH) que para apreciar la naturaleza penal de las sanciones fiscales, tres criterios son los pertinentes: el primero es la calificación jurídica de la infracción en derecho interno; el segundo, la naturaleza de la infracción, y el tercero, la naturaleza y la gravedad de la sanción. Y remata diciendo de nuevo, que dicha apreciación corresponde al tribunal nacional competente.

La cuestión prejudicial europea 5. según el TJUE entraría en la categoría de aquellas que de acuerdo con el derecho de la UE permiten destruir su presunción de pertenencia (caso Paint Graphos). Es decir, no es una cuestión de derecho de la Unión y por tanto no es procedente su contestación.

7. EL *NE BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

En el ordenamiento interno, el TC, después de mantener planteamientos contradictorios sobre la materia, en los que además tenía poco o nada en cuenta la jurisprudencia de los Tribunales Europeos, en la última sentencia sobre la cuestión, STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde) constituyó al *ne bis in idem* como un derecho fundamental de los ciudadanos que se puede residenciar en los arts. 24 y 25 de la CE, una opción que entiendo acertada.

Resumidamente, la cuestión que el demandante de amparo planteó al magno Tribunal y que dio origen a la sentencia que comentaré fue la siguiente:

El día 14 de abril de 1997, José, quien era reincidente, conducía su vehículo Ford por una carretera de La Coruña a velocidad anormalmente reducida y en zigzag, por lo que fue parado por la Guardia Civil, que le observó síntomas evidentes de haber ingerido alcohol y lo sometió a las pruebas de alcoholemia, arrojando un resultado positivo de 0,81 mg de alcohol por litro de aire espirado en las dos pruebas que se le practicaron. A consecuencia de lo anterior, la Guardia Civil, de una parte, dio traslado del atestado al Juzgado de Instrucción competente y, de la otra, a la Jefatura

Provincial de Tráfico. El Juzgado de lo Penal condenó a José a la pena de cinco meses de multa con una cuota diaria de mil pesetas y dos años de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores¹⁹. Dicha condena fue ratificada por la AP de A Coruña. Por su parte, la Jefatura Provincial de Tráfico sancionó administrativamente a José en fecha anterior a la de la primera sentencia penal con multa de 50 000 ptas. y suspensión de la licencia de conducción por tiempo de dos meses. José recurrió en alzada dicha sanción, y la Dirección General de Tráfico le redujo en un mes la privación de licencia, pero mantuvo la sanción en la errónea creencia de que el proceso penal había terminado con resolución absolutoria por no haberse probado los hechos cuando en realidad aún no se había dictado la primera sentencia. José recurrió a la jurisdicción contencioso-administrativa, desistiendo de esta en fecha anterior a la primera sentencia penal.

Así las cosas, frente a la sentencia de la AP de A Coruña que zanjaba definitivamente el asunto, José solicitó el amparo del TC.

Lo primero que hace el magno Tribunal (en FJ 7.º de la STC comentada) es plantearse, como el TEDH dice que debe hacerse, si la infracción administrativa y el delito coinciden en sus elementos esenciales, ya que aquí, por un solo hecho se han sancionado dos ilícitos de manera consecutiva, cuando la sanción por el primero ya era firme (al haber desistido José de su recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa).

El TC señala que, como ya sostuvo en la STC 161/1997, de 2 de octubre, la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no solo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas, de modo que se dirige tendencialmente, según el magno Tribunal, también a la protección de estos bienes jurídicos²⁰.

¹⁹ Obtengo el dato de la propia STC. Obsérvese que, o bien el TC ha copiado mal la sentencia o bien esta es errónea y debió ser recurrida por el fiscal por infracción de ley. Si se aplica la agravante de reincidencia, la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores no puede ser inferior a dos años y seis meses, que tras la absorción o descuento de la sanción administrativa quedaría en dos años y cinco meses, y no en dos años.

²⁰ Al respecto, PÉREZ MANZANO, Mercedes. «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente», en JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente*. Granada: Comares 2005, p. 84., señala como el TC opta en la famosa sentencia por considerar (de acuerdo con un sector de la doctrina) que el bien jurídico del artículo 379 CP es de manera mediata la vida o integridad física de las personas. Es decir, el TC toma partido por la tesis del bien jurídico mediato sostenida, entre otros, por RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Código Penal de 1995 comentado*, 3.ª ed. Madrid: La Ley 1998, p. 688, frente a aquel sector doctrinal minoritario que considera la seguridad del tráfico como un bien jurídico en sí mismo.

Sin embargo, entiende que la infracción administrativa tiene carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática. Basta con acreditar, mediante la prueba de alcoholemia, que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada de forma reglamentaria. No obstante, quizá porque la caracterización de la infracción administrativa le parece severa, matiza, cuando señala que ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común —conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas—, y añade a continuación que se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos de la vida e integridad física²¹. Por tanto, para el TC habría identidad de infracciones en los términos exigidos por el TEDH.

El siguiente paso, evidentemente, era decidirse entre declarar aplicable al ordenamiento jurídico español una norma, el art. 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH, que no había sido incorporada formalmente a este²² o tratar de encontrar una salida autóctona a la cuestión. El TC se inclinó por esta segunda vía.

Así, con base en la afirmación de las diferencias entre el procedimiento administrativo sancionador español y algunos de sus homónimos europeos, nuestro magno Tribunal acabó sosteniendo que la interdicción constitucional de reabrir un segundo procedimiento sancionador cuando ha habido una resolución sancionadora firme en el primero no se extiende a cualesquiera procedimientos. En concreto, solo es extensible a aquellos en los que por su complejidad, o por la naturaleza y magnitud de la sanción a imponer, quepa afirmar que el sujeto se encuentra en posición tan gravosa como quien afronta un proceso penal. Es decir, como expone Pérez Manzano, el TC se aparta del TEDH, dado que solo admite *ne bis in idem* en el caso de efectiva imposición de dobles sanciones, no en el caso de doble reproche aflictivo ni de mera declaración de imposición de sanción seguida de abono o anulación de una de ellas.

²¹ Por mi parte, no tengo tan claro como el más alto de nuestros tribunales que el delito de peligro abstracto incorpore más riesgo para los bienes jurídicos protegidos que la infracción administrativa. Para la cercanía entre el peligro abstracto y la infracción administrativa, véase COMPAÑY CATALÁ, José Miguel. *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*. Barcelona: UPF 2010, pp. 245 a 249.

²² España no ratificó el Protocolo N.º 7 del CEDH hasta el 1 de diciembre de 2009.

Por tanto, termina diciendo nuestro más alto Tribunal, solo en el supuesto de que los dos procedimientos sancionadores hayan sido sustanciados con las debidas garantías, existirá la garantía frente al doble procedimiento. Ello no se produce a día de hoy en la mayoría de las sanciones impuestas en el procedimiento sancionador administrativo y el proceso penal, por lo que deniega el amparo que José solicitaba, si bien parece dar a entender que como el ciudadano no tiene la culpa de que el procedimiento administrativo sancionador que está vigente en España no sea el adecuado, el ciudadano debe ver absorbida o compensada la sanción impuesta en vía administrativa en el interior de la sanción penal.

Es decir, quizá el TC habría optado por seguir al TJUE antes que al TEDH, lo que no deja de ser curioso, porque se trataba de un recurso de amparo y la última instancia en derechos fundamentales o derechos humanos es el TEDH.

En cierto modo, cabría coincidir de nuevo con Vervaele cuando señala que el TJUE, al aceptar el principio del descuento como compensación de la doble sanción, no está en consonancia (ni tiene por qué estarlo, me atrevería a añadir) con la jurisprudencia del TEDH.

Con posterioridad, el TC se ha vuelto a pronunciar sobre el *ne bis in idem* en el ATC 438/2016 de 11 de diciembre.

Curiosamente, en esta segunda ocasión, el TC utiliza el argumento de que el bien jurídico protegido por la infracción penal es más amplio que el que protege la infracción administrativa, para entender que, aunque los hechos y la cuestión a analizar era la misma, no procedía admitir a trámite el recurso de amparo.

Así, el TC señala en el auto citado que:

«Como se dice claramente en el fundamento jurídico II de la sentencia de instancia, no puede verse en el caso presente un *bis in idem* prohibido por la constitución, porque, aunque el hecho que llevó a la sanción de aislamiento en celda por tres días es el mismo que llevo a la sanción penal, el fundamento de la sanción impuesta en cada caso no es idéntico por razón de los diferentes intereses protegidos por cada sanción. El interés en preservar el principio de autoridad necesario para el servicio público —entendido como servicio a los ciudadanos, en el caso de la sanción penal—, y la necesidad de preservar el buen orden interno y el correcto funcionamiento de la prisión, en el caso de la sanción administrativa».

Puede verse, por tanto, que los jueces ordinarios y el TC continúan anclados en el pasado en el sentido de seguir analizando la triple identidad más allá de cualquier otra consideración. De nuevo hay que lamentar que por razones que desconozco, el caso no alcanzó el TEDH, puesto que, en mi opinión, el ATC en cuestión no supera los estándares de aplicación por el TEDH de los principios que motivan la violación del Artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

Hay que añadir que, si bien tratándose de un caso de derecho interno²³, no puede haber intervención del TJUE, tampoco creo que el auto supere los estándares de aplicación del *ne bis in idem* por el TJUE a través de los artículos 54 del CAAS y 50 de la CDFUE.

Así, si aplicamos el concepto de hechos materiales finalmente unánime o dominante en la jurisprudencia del TJUE, el hecho material es el mismo con independencia de su calificación jurídica. Es decir, hay un solo hecho, golpear a un funcionario de prisiones, que se sanciona dos veces.

Si nos centramos en la jurisprudencia del TEDH, instancia a la que el caso sí pudo llegar, como he puesto de manifiesto con anterioridad, lo primero a realizar es comprobar si de acuerdo con los criterios Engel, la sanción administrativa presenta carácter de sanción penal. Así, de acuerdo con el primero de los criterios dado que conforme a la clasificación legal interna es una sanción administrativa, no cabría en principio considerar una violación de *ne bis in idem*.

Sin embargo, las dudas son muchos mayores cuando nos centramos en el segundo de los criterios: naturaleza de la infracción.

El artículo 108 del RP 1201/81 aplicable en virtud de su mantenimiento expreso por el RP de 1996 por lo que hace a la clasificación de infracciones señala en su apartado b) que son faltas muy graves: «Agredir, amenazar o insultar a los funcionarios, autoridades u otras personas, tanto dentro del establecimiento como fuera del mismo si el recluso hubiese salido con causa justificada durante su internamiento».

Es decir, por mucho que, como señalan las resoluciones que comentamos, con la sanción se persiga el bien jurídico o el fin de mantener el orden y el correcto funcionamiento del centro penitenciario, lo cierto es que el verbo *agredir* tiene una naturaleza esencialmente penal, en el sentido de que según el resultado y los medios de la agresión constituirá un delito leve, menos grave o grave de lesiones, pero no se alcanza a ver qué otro

²³ Reglamento Penitenciario (RP), Ley Orgánica General Penitenciaria y CP en materia de atentado o agresión a un funcionario de prisiones, lo que no es objeto de regulación por normativa de la UE.

significado pueda tener la palabra agresión y más con relación al mantenimiento del orden como si pudieran tenerlo otras formas de alterarlo que no constituyan en sí otros delitos (tipo algarabía, griterío o protestas no autorizadas sin daño a las personas ni a los bienes).

Cuando creo que ya no existe duda alguna y dado que como también se ha puesto de manifiesto, de los tres criterios Engel los dos últimos son alternativos y no acumulativos, bastaría con que se cumpliera el tercer criterio. El criterio que hace referencia al grado de severidad de la sanción o pena con la que puede ser sancionada la persona autora de la infracción. La sanción es de aislamiento en celda. En el caso concreto fue de tres días, pero puede llegar a ser incluso de hasta catorce. La misma es una privación de libertad. Se podrá argumentar en contra que el autor de la infracción ya se haya privado de libertad, pero el régimen de aislamiento en celda tal como viene definido en el propio RP supone la privación de los paseos y las estancias en patio (libertad deambulatoria), la interrupción de las visitas para el caso de que el interno las tuviese y la suspensión de los permisos de salida si también los tuviese, cuestiones ambas que amén de a la libertad de movimientos afecta también a las relaciones personales y familiares del interno y por tanto a derechos fundamentales (artículo 18 CE y artículo 8 CEDH).

Por tanto, el TC desde mi punto de vista debió otorgar el amparo, aunque es cierto que el Protocolo N.º 7 al CEDH no fue ratificado por España hasta el día 1 de diciembre de 2009 y quizá la solución tuvo que haber sido descontar de la pena de prisión por atentado los tres días de aislamiento en celda.

Además, el TC continúa excluyendo la posibilidad de que concurra una violación del *ne bis in idem* si una relación de especial dependencia con la administración justificaba el castigo administrativo, es decir, en aquellos supuestos en los que se aplique la llamada responsabilidad disciplinaria. (STC 334/2015 de 20 de diciembre y ATC 141/2004 de 26 de abril). Esto (véase *Jussila vs. Finlandia*, de 2006, o *A. y B. vs. Noruega*, de 2017, ambas ya citadas) no es algo que esté completamente claro en el momento actual de evolución de la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, todo parece indicar que en un futuro también se considerará violación del *ne bis in idem* el hecho de aplicar una doble sanción a pesar de que una sea disciplinaria, salvo en supuestos de una especial sujeción más allá de la ordinaria de un funcionario público (embajadores o diplomáticos, por ejemplo).

8. CONCLUSIONES

Por tanto, una vez realizado el previo análisis, se puede extraer una serie de conclusiones generales sobre el principio *ne bis in idem* en el estado actual de la cuestión en el derecho español:

a) Al legislador y solo a él corresponde en qué rama de las dos en las que se divide el *ius puniendi* (derecho penal o derecho administrativo sancionador) queda integrada una infracción o un ataque a un bien jurídico y por tanto, la sanción que le corresponde. De ello resulta, además, que, si el legislador no cumple adecuadamente con su labor, lo que en España sucede con más frecuencia de la deseable y tipifica en las dos ramas una conducta, existirán problemas de interpretación y posible producción de *bis in idem*. En definitiva, parece que legislador y ejecutivo, que conforme a lo dispuesto en el artículo 53.1 CE vienen vinculados por los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna, están obligados a extremar su diligencia tanto a la hora de la tipificación de infracciones y sanciones como en el momento de paralización del procedimiento administrativo sancionador.

b) En cuanto a esta última cautela, si no se cumple con ella, y dado que la sanción que se impone al ciudadano en el procedimiento penal lo es con todas las garantías, entiendo, *de lege ferenda*, que debería sin más procederse (bien por el tribunal penal, bien en último extremo por el TC) a anular la sanción administrativa sea anterior, simultánea o posterior a la penal, restituyendo al ciudadano en la forma que sea más adecuada y efectiva su patrimonio o los derechos eventualmente conculcados por la administración. Ello, en tanto en cuanto el *ne bis in idem* es un derecho fundamental del ciudadano. Por tanto, se puede ver cómo no debe dejarse al albur de la administración un derecho fundamental como el *ne bis in idem*, procediendo a dejar sin efecto de la manera más adecuada en derecho el erróneo actuar de la Administración. Es decir, el ciudadano no tiene por qué cargar con la errónea técnica legislativa de los poderes públicos frente al derecho fundamental que posee, y debe ser restituido en este por los tribunales. De este modo, no habría doble sanción y se respetaría el principio *ne bis in idem*, tal como viene configurado por el TEDH cuando interpreta el artículo 4 del Protocolo N.º 7 del CEDH.

c) Dado que en el momento actual de la cuestión los tribunales penales carecen de potestad para llevar a cabo esta anulación, debería legislarse para que así fuere. Habría sido conveniente que el TC lo hubiera puesto de manifiesto en su STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde).

Dado que no existe esa norma, cabría pensar que el ciudadano deberá ser compensado mediante la absorción de la sanción administrativa en la penal de la forma que le sea más favorable o menos gravosa. Sin embargo, no cabe desconocer que dicho principio si bien parece acorde con la jurisprudencia del TJUE, no esta tan claro que lo esté con la jurisprudencia del TEDH, que parecería que sigue considerando una violación del principio aunque se descuente la sanción. Dicha operación, una vez establecida la posibilidad de acudir al recurso de revisión para la ejecución de las sentencias del TEDH (LO 7/2015 de 7 de julio), parece que pasaría por esta vía.

Sin embargo, como hemos visto con anterioridad en *A y B vs. Noruega*, el TEDH señala que los Estados, en materias que no pertenecen al núcleo duro del derecho penal como puedan ser tráfico rodado o evasión fiscal, puede establecer un sistema con varios tipos de sanciones. Aunque también se deduce de lo sentenciado por el TEDH que el sistema tiene que ser coordinado en la sustancia y cercano en el tiempo. La primera premisa es posible, al menos en el tema impositivo, que se cumpla en el actual ordenamiento jurídico español. La segunda dista mucho de ser una realidad desde el momento en el que duran lo que duran las instrucciones penales sobre la materia. Por tanto, debería acelerarse también como método para evitar el *ne bis in idem*, el traspaso de la instrucción del procedimiento al Ministerio Público.

d) Dado que resulta evidente que el procedimiento administrativo sancionador al que se refiere el TC en su sentencia no es el realmente vigente en España, Pérez Manzano opina que la STC 2/2003 lo que ha hecho ha sido un planteamiento de futuro para el s. XXI. En todo caso, opiniones doctrinales al margen, desde mi punto de vista, sería más adecuado dotar de competencia a la jurisdicción penal para imponer en estos casos sanciones administrativas, como sucede en el modelo alemán.

9. TABLAS DE SENTENCIAS

RESOLUCIÓN	FECHA	PONENTE
STS	22/12/2003	Bacigalupo Zapater
ATC	141/2004 de 26/4	Viver Pi-Sunyer
ATC	438/2016 de 11/12	Casas Baamonde
STC	161/1997 de 2/10	
STC	2/2003 de 16/1	
STC	334/2015 de 20/12	

RESOLUCIÓN	FECHA	DEMANDANTE
STJUE	1/2/2003	Gozutok y Bruegge
STJUE	18/10/2007	Kraaijenbrink
STJUE	9/3/2006	Miraglia
STJUE	9/3/2006	Van Esbroeck
STJUE	27/7/2006	Bourguain
STJUE	22/12/2008	Turansky
STJUE	8/9/2011	Pacint Graphos
STJUE	26/2/13	Akerberg
STJUE	7/5/2014	Spasic
STJUE	5/6/2014	M.
STJUE	29/6/2016	Kossowski
STJUE	28/9/16	Gasparini y otros

RESOLUCIÓN	FECHA	DEMANDANTE Y ESTADO DEMANDADO
STEDH	8/6/1976	Engel vs. Holanda
STEDH	21/2/1984	Ozturk vs. Alemania
STEDH	25/8/1987	Lutz vs. Alemania
STEDH	23/10/1995	Gradinger vs. Osterreich
STEDH	30/7/1998	Oliveira vs. Suiza
STEDH (decisión de inadmisión)	14/9/1999	Ponsetti y Chenel vs. Francia
STEDH (decision de inadmisión)	30/5/2000	R. T. vs. Suiza
STEDH	29/5/2001	Franz Fischer vs. Osterreich
STEDH (decision de inadmisión)	7/6/2001	Nilsson vs. Suecia
STEDH	30/05/2002	W.F. vs. Osterreich
STEDH	6/6/2002	Sallun vs. Osterreich
STEDH	2/7/2002	Goktan vs. Francia
STEDH	9/10/2003	Ezeh y Connors vs. Reino Unido
STEDH	15/11/2006	Jussila vs. Finlandia
STEDH	4/3/2008	Garreta vs. Francia
STEDH	10/2/2009	Zolotukhin vs. Rusia
STEDH	25/6/2009	Movesti vs. Croacia
STEDH	31/5/2011	Kurdov e Ivanov vs. Bulgaria
STEDH	14/1/2014	Muslija vs. Bosnia-Herzegovina
STEDH	5/3/2014	Grande Stevens vs. Italia

STEDH	20/5/2014	Nykanen vs. Finlandia
STEDH	16/6/2016	Tarasov vs. Ucrania
STEDH	4/10/2016	Rivard vs. Suiza
STEDH	15/11/2016	A y B. vs. Noruega

BIBLIOGRAFÍA

- COMPANY CATALÁ, José Miguel. *La protección penal de la seguridad y salud en el trabajo*. Saarbrücken: Editorial Académica Española 2010.
- DEL REY GUANTER, Salvador. *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ediciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 1990.
- GIMENO SENDRA, Vicente. «Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal» 2011 [en línea]. *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 1. Disponible en www.iustel.com
- GORRIZ ROYO, Elena. *Sentido y alcance del ne bis in idem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia del TC (sobre todo en la STC 2/2003)*. Castellón: Ediciones de la Universitat Jaume I 1998.
- LELIEUR-FISCHER, Juliette. *La regle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, étude à la lumière des droits français, allemand et européen*. París : Editions Université Panthéon I, Sorbone 2005.
- LLOPIS NADAL, Patricia. *El Mito de Europa* [en línea]. Disponible en elmitodeeuropa.blogspot.com.es [ref. 13 de noviembre de 2017].
- PARDO LÓPEZ, María Magnolia. «Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico, especial consideración de los aspectos problemáticos del principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional». CUESTA PASTOR, Pablo José y PERIS RIERA, Jaime Miguel (Coords.). *La tutela penal del agua*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia 2007, págs. 121-190.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. «El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente». JORGE BARREIRO, Agustín (director). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente*. Granada: Comares 2005, págs. 73-108.
- PETRONIO, Francesca; HYERACI, Marilena; CONTESSO, Massimo. *The "Ne Bis in Idem" Principle among International Treaties and Domestic Rules: The Recent Case Law of the European Court of Human Rights on Italy*. Milán: Paul Hastings 2014.

- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1998). *Código Penal de 1995 comentado*, 3.^a edición. Madrid: La Ley 1998.
- SANZ HERMIDA, Ágata María. «Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la UE». *Revista Penal* 2008, núm. 21.
- VAN BOECKEL, Willhem Baastian. *The ne bis in idem principle in EU law*. Ámsterdam: Ipskamp Drukkers 2009.
- VERVAELE, John A. E. *Ne bis in idem, ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?* Barcelona: Indret 2014, n.º1.
- WASSMEIER, Martin. «The principle of ne bis in idem and its foundation in UE law». *Revue Internationale de Droit Penale* 2006, Vol. 77.