

**REDE** 

Revista Española de Derecho Europeo

**80**

**Octubre – Diciembre 2021**

[www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo](http://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo)

 Marcial  
Pons

## ÍNDICE

### ESTUDIOS

Tomás Cano Campos, <i>Los claroscurios del non bis in idem en el espacio jurídico europeo</i> .....	9
Ana Arizaga Batiz, <i>La peculiar competencia europea en I+D y el ejercicio de la subsidiariedad en el espacio europeo de investigación y en la política de I+D</i> .....	55
Adrián García Ortiz, <i>De civis europaeus sum. Una propuesta teórica para la construcción de una identidad constitucional europea</i> .....	85
Ricardo Rivero Ortega, <i>La controvertida gestión de los fondos de recuperación en España: exigencias europeas y consenso futuro</i> .....	125

# **ESTUDIOS**

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

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

Tomás Cano Campos\*

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

---

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

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

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

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

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

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

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

## INTRODUCCIÓN

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

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

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

---

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

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

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

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

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

## **1. EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO Y LOS DIFERENTES ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN**

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

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

---

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

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

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

El *non bis in idem* solo se aplica en caso de dualidad de procesos, por lo que no evita la doble sanción en el seno de un mismo procedimiento. Pero, la prohibición no solo opera en los casos de doble condena, sino también de doble enjuiciamiento, de modo que se aplica cuando ha recaído una resolución firme en el primer procedimiento y se enjuician de nuevo esos hechos en otro posterior. Se prohíbe perseguir, juzgar o condenar por los mismos hechos, por lo que el contenido del fallo es irrelevante; es la existencia de un segundo procedimiento sancionador, una vez recaída una decisión firme en el primero, la que determina, sin más, la aplicación de la prohibición<sup>5</sup>.

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

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

---

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

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

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

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



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

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

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

---

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

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

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

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

El art. 50 de la CDFUE, a diferencia del art. 4 del Protocolo 7, tiene un alcance transnacional, pues no solo prohíbe el doble enjuiciamiento y la doble sanción dentro del mismo Estado, sino también en el seno de la Unión (tanto en las relaciones verticales como horizontales), siempre que, en todos los casos, se aplique su Derecho<sup>9</sup>. Bajo el rótulo «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», aquel precepto dispone lo siguiente:

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

La Carta, que es fuente primaria del Derecho de la Unión (art. 6 Tratado de la Unión Europea), considera a todos los Estados de la Unión como un único espacio a efectos de la regla del *non bis in idem*, pero «únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión», según dispone su art. 51.2<sup>10</sup>. Como dice el Abogado General Michal Bobek, en sus magníficas conclusiones al

---

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

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

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