

# CARÁCTER PROCEDIMENTAL DEL NON BIS IN IDEM EN LA UNIÓN EUROPEA

ANTONIO BUENO ARMIJO<sup>1</sup>  
Universidad de Córdoba

## Cómo citar/Citation

Bueno Armijo, A. (2022).

Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea.

Revista de Administración Pública, 218, 171-206.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.06>

## Resumen

Tras varios años recibiendo duras críticas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha accedido, finalmente, a modificar su jurisprudencia sobre el requisito del *idem* en su construcción sobre el *non bis in idem*. En *bpost* y *Nordzucker* y otros, el TJUE ha establecido que el requisito del *idem* debe entenderse como *idem factum* en todos los ámbitos del derecho de la UE, incluyendo el derecho de la competencia. La motivación de esta decisión no resulta clara. El presente artículo sugiere que distinguir el concepto material y el concepto procesal del *non bis in idem* y, sobre todo, asumir que el TJUE se ha adherido a este último, podría ayudar a comprender esta nueva jurisprudencia.

## Palabras clave

*Non bis in idem*; *idem factum*; *idem crimen*; derecho de la competencia; TJUE.

## Abstract

After several years under harsh criticism, the Court of Justice of the European Union has finally accepted to review its case law on the *idem* condition in the *ne bis*

---

<sup>1</sup> Proyecto de investigación «Seguridad pública, actividad administrativa de limitación y derecho sancionador», PGC2018-093760-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

*in idem* doctrine. In *bpost* and *Nordzucker & others*, the ECJ has adjudicated that the *idem* condition must be understood as *idem factum* in every field under EU Law, including competition law. The grounds for this decision remain unclear. This paper suggests that a clear distinction between a procedural and a substantive concept of *non bis in idem* and, specially, the acknowledgment of the ECJ's endorsement of the latter, may help to understand its most recent case law.

### **Keywords**

*Ne bis in idem; idem factum; idem crimen; Competition Law; ECJ.*

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA INVITACIÓN AL TJUE PARA RECONSIDERAR SU CONTRADICTORIA JURISPRUDENCIA SOBRE *NON BIS IN IDEM* Y UNA POSIBLE CLAVE INTERPRETATIVA PARA COMPRENDERLA. II. LOS HECHOS ENJUICIADOS POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES REMITENTES Y EL CONTENIDO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES: 1. El asunto *bpost*: un problema de *non bis in idem* por intervención de dos autoridades administrativas distintas dentro del mismo Estado. 2. El asunto *Nordzucker y otros*: un problema de *non bis in idem* por intervención de dos autoridades nacionales de competencia de Estados distintos. III. EL TJUE RECOGE, FINALMENTE, EL GUANTE Y UNIFICA SU JURISPRUDENCIA: EL REQUISITO DEL «*IDEM*» DEBE INTERPRETARSE COMO «*IDEM FACTUM*» EN CUALQUIER ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UNIÓN, INCLUIDO EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. IV. LAS POSIBLES (Y NECESARIAS) LIMITACIONES AL *NON BIS IN IDEM*: LA CLÁUSULA DEL ART. 52.1 CDFUE COMO SOLUCIÓN PROPIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN. V. ALGUNOS PROBLEMAS GENERADOS POR LA JURISPRUDENCIA *BPOST* Y *NORZUCKER Y OTROS* A LOS QUE EL TJUE NO DA RESPUESTA. VI. ¿CÓMO JUSTIFICA EL TJUE SU INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DEL «*IDEM*» COMO «*IDEM FACTUM*» EN LUGAR DE COMO «*IDEM CRIMEN*»? VII. UNA HIPÓTESIS INTERPRETATIVA BASADA EN LA NATURALEZA PROCESAL DEL *NON BIS IN IDEM*. VIII. CONCLUSIÓN: *GLISSEZ, MORTELS, ENCORE UNE FOIS*.

---

### 1. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA INVITACIÓN AL TJUE PARA RECONSIDERAR SU CONTRADICTORIA JURISPRUDENCIA SOBRE *NON BIS IN IDEM* Y UNA POSIBLE CLAVE INTERPRETATIVA PARA COMPRENDERLA

Desde hace años existe un flujo constante de trabajos doctrinales criticando las incoherencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de *non bis in idem*<sup>2</sup>. Críticas que también se han

---

<sup>2</sup> Sin ánimo exhaustivo, M. Aguilera Morales (2006), «El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*,

vertido desde la propia institución, a través de las conclusiones de sus abogados generales<sup>3</sup>.

Es cierto que el ámbito de aplicación de este principio se ha vuelto cada vez más complejo debido a la consolidación y creciente complicación del espacio jurídico europeo, en el que se han producido varios fenómenos simultáneos: la expansión del derecho penal y el derecho administrativo sancionador, el aumento de los entes sectoriales dotados de potestad administrativa sancionadora dentro de los Estados y, muy especialmente, la afirmación de que este principio despliega sus efectos no solo dentro de los Estados, sino también entre Estados distintos o entre un Estado y la Unión Europea<sup>4</sup>.

---

págs. 479-531; J. A. E. Vervaele (2014), «Ne bis in idem: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», *InDret*, págs. 1-31; D. Sarmiento (2016), «Ne Bis in Idem in the Case Law of the European Court of Justice», en B. van Bockel (ed.), *Ne bis in idem in EU Law* (págs. 103-130), Cambridge: Cambridge University Press; R. Nazzini (2016) «Parallel Proceedings in EU Competition Law», en B. van Bockel (ed.), *Ne bis in idem in EU Law* (págs. 131-166), Cambridge: Cambridge University Press; G. Lo Schiavo (2018), «The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope and restrictions», *European Constitutional Law Review*, 14, págs. 644-663; M. Luchtman (2018), «The ECJ's recent case law on *ne bis in idem*: implications for law enforcement in a shared legal order», *Common Market Law Review*, 44, págs. 1717-1750; H. Satzger (2020), «Application Problems Relating to *Ne Bis in Idem* as Guaranteed under Art. 50 CFR/Art. 54 CISA and Art. 4 Prot. No. 7 ECHR», *Eu crim*, 3/2020, págs. 213-218; G. Colangelo y M. Cappai (2021), «A Unified Test for the European *Ne Bis in Idem* Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation», SSRN (27 de octubre), <https://ssrn.com/abstract=3951088> [última consulta: 31/05/2022]; P. Rossi-Maccanico (2021), «A Reasoned Approach to Prohibiting the *Bis in Idem*. Between Double and Triple Identities», *Eu crim*, 4/2021, págs. 266-273; A. Bueno Armijo (2021), «El principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del Derecho español», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi (págs. 272-307); T. Cano Campos (2021), «Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 80, págs. 9-53.

<sup>3</sup> Los abogados generales han cuestionado abiertamente muchos de los elementos de la jurisprudencia del TJUE sobre el *non bis in idem* y, muy en especial, la forma en que el alto tribunal analiza el requisito del «*idem*» y sus especialidades en materia de defensa de la competencia, de lo que nos ocupamos en este trabajo: conclusiones de la abogada general Kokott en el asunto *Toshiba Corporation y otros*, as. C-17/11, aps. 114-122; conclusiones del abogado general Campos Sánchez-Bordona en el asunto *Menci*, as. C-524/15, ap. 103; Conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie* as. C-617/17, aps. 38-50; conclusiones del abogado general Tanchev en el asunto *Marine Harvest*, as. C-10/18 P, ap. 95 y nota 34; conclusiones del abogado general Bobek en el asunto *bpost*, as. C-117/20, aps. 86-96 y 122.

<sup>4</sup> Esta opción del ordenamiento jurídico de la Unión, siendo posible, no era, sin embargo, inevitable. No ha sido la opción del Consejo de Europa, pues el TEDH ha excluido que el *non bis in idem* consagrado en el art. 4 del Protocolo n.º 7 al CEDH ofrezca protección frente a dobles enjuiciamientos o dobles sanciones procedentes de Estados distintos

Esta creciente heterogeneidad de los supuestos a los que debe aplicarse el *non bis in idem* ha dado lugar, lógicamente, a que su interpretación y aplicación sean más complejas. Tal vez ello ha podido justificar las dudas del TJUE relativas a cuándo estamos ante una verdadera sanción o ante un verdadero proceso punitivo (es decir, cuándo se cumple el requisito del «bis»). Dudas que han sido compartidas con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con quien ha desarrollado un muy fructífero diálogo en el que ambos tribunales han seguido y aceptado construcciones procedentes del otro<sup>5</sup>. Pero no permiten explicar satisfactoriamente algunas incoherencias de la jurisprudencia del TJUE que se han producido, sobre todo, respecto a la determinación de si se estaba sancionando o persiguiendo lo mismo (esto es, cuándo se cumple el requisito del «idem»). En efecto, es bien conocido que el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia abiertamente contradictoria en relación con el requisito del «idem», dependiendo del ámbito del derecho de la Unión sobre el que debiera pronunciarse, oscilando entre dos interpretaciones alternativas de este requisito habitualmente conocidas, de manera simplificada, como «*idem crimen*» e «*idem factum*».

Por un lado, en el ámbito del derecho de la competencia, el TJUE venía entendiendo que solo se cumple el requisito del «idem» cuando se reúnen tres elementos cumulativos: la identidad de los hechos, la identidad del infractor y la identidad del interés jurídico protegido, tal y como se afirma con especial rotundidad en la STJUE de 14 de febrero de 2012, *Toshiba Corporation y otros*, as. C-17/10<sup>6</sup>. Este entendimiento del requisito del «idem», que se identifica como

---

(STEDH de 22 de mayo de 2007, *Böheim c. Italia*, ap. 2). Del mismo modo, en un sistema puramente federal, como el de los Estados Unidos, se sostiene de manera constante que el *non bis in idem* no se opone a que un mismo sujeto pueda ser enjuiciado en un Estado cuando ya ha sido enjuiciado por los mismos hechos en un Estado distinto (*Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 1985). Ni tampoco impide que pueda ser enjuiciado por un tribunal federal por los mismos hechos ya enjuiciados en un tribunal estatal (*United States v. Lanza et al.*, 260 U.S. 377, 1922). La base de esta jurisprudencia se sitúa en la teoría de la «soberanía dual» (*dual sovereignty*), ampliamente confirmada y desarrollada en la reciente *Gamble v. United States*, 17-646, Slip Op. at 3, 4 (17 de junio de 2019).

<sup>5</sup> Un análisis especialmente detenido y contextualizado de dicho diálogo en M. Vetzó (2018), «The Past, Present and Future of the *Ne Bis In Idem* Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of *Menci*, *Garlsson* and *Di Puma*», *Review of European Administrative Law*, 2018/2, 11, págs. 55-84; A. Bueno Armijo (2018), «*Non bis in idem* en el Derecho europeo: garantía sustancial y procesal», en A. Montaña Plata y J. I. Rincón Córdoba (dirs.), *El poder sancionador de la Administración Pública: Discusión, expansión y construcción* (págs. 951-994), Bogotá: Universidad Externado de Colombia; L. López Guerra (2019), «*Ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 69, págs. 9-26; y S. Mirandola y G. Lasagni (2019), «The European *ne bis in idem* at the Crossroads of Administrative and Criminal Law», *Eucrim*, 2/2019, págs. 126-135.

<sup>6</sup> La relevancia del interés jurídico protegido como elemento básico para enjuiciar la doble sanción puede rastrearse, al menos, hasta la STJUE de 13 de febrero de 1969, *Wilhelm*, as.

«*idem crimen*», estima que la calificación jurídica (o, más bien, el reproche social) de los hechos es tan importante como los propios hechos a efectos de determinar si se está enjuiciando o sancionando «lo mismo».

Por otro lado, en los demás ámbitos del derecho de la Unión, el TJUE ha sostenido que el requisito del «*idem*» solo requiere que concurren la identidad de los hechos y la identidad del infractor, resultando irrelevante, a estos efectos, el interés jurídico protegido. Así comenzó afirmándose, para los asuntos que afectan al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en la STJUE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroek*, as. C-436/04. Y, tras recibir el respaldo expreso de la jurisprudencia del TEDH<sup>7</sup>, así se ha afirmado también, posteriormente, para asuntos relacionados con el IVA y la protección de los intereses financieros de la Unión<sup>8</sup>, la protección de los mercados de valores y financieros<sup>9</sup> o la lucha contra el blanqueo de capitales<sup>10</sup>, entre otras materias. Esta segunda perspectiva del requisito del «*idem*», conocido como «*idem factum*», desdén la calificación jurídica que puedan recibir los hechos (y, sobre todo, su posible carácter lesivo para los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento) y pretende centrarse únicamente en los hechos en sí<sup>11</sup>.

Como se comprende, la adopción de una u otra perspectiva arroja resultados muy distintos y, lo que es más importante, supone una diferencia difícilmente

14/68, aps. 3 y 11. Los mismos razonamientos incluidos en *Toshiba* han sido repetidos por sentencias posteriores, dictadas también en el ámbito del derecho de la competencia, hasta llegar a la más reciente STJUE de 25 de febrero de 2021, *Slovak Telekom*, as. C-857/19, ap. 43: «Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el cumplimiento del requisito “idem” está supeditado, a su vez, a un triple subrequisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido [...]».

<sup>7</sup> STEDH de 10 de febrero de 2009, *Sergey Zolotukhin c. Rusia*, rec. 14939/03, aps. 78-84.

<sup>8</sup> STJUE de 20 de marzo de 2018, *Menci*, as. C-524/15.

<sup>9</sup> SSTJUE de 20 de marzo de 2018, *Garlsson Real Estate SA*, as. C-537/16, y *Di Puma*, as. ac. C-596-597/16.

<sup>10</sup> STJUE de 2 de septiembre de 2021, *LG y MH (Autoblanchiment)*, as. C-790/19, aps. 78-80.

<sup>11</sup> Aunque resulta muy discutible, se afirma que este planteamiento ofrece una protección mayor al individuo y refuerza la seguridad jurídica. Sin embargo, el enjuiciamiento de unos hechos inevitablemente deriva de su relevancia para los elementos constitutivos del tipo infractor que se pretende aplicar, por lo que la objetividad y el acercamiento pretendidamente naturalistas en ningún caso son absolutos. B. van Bockel (2018), «Right not to be Tried or Punished Twice», en Pieter van Diejk *et al.* (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (págs. 981-990), Cambridge: Intersentia, 5ª ed. (pág. 988).

De hecho, esta contraposición entre un concepto normativo («*idem crimen*») y un concepto naturalista («*idem factum*») puede hacer perder de vista que, en realidad, para determinar el requisito del «*idem*» habría tres enfoques, si no más, como recuerdan Aguilera Morales (2006: 501), Vervaele (2014: 9), Vetzo (2018: 61-62), Bueno Armijo (2021: 296), Cano Campos (2021: 36) o Rossi-Maccanico (2021: 270-272). Así puede deducirse también de algunos pronunciamientos del TEDH, posteriormente abandonados, como la STEDH de 29 de mayo de 2001, *Franz Fischer c. Austria*, rec. 37950/97.

justificable solo por el dato del ámbito del derecho en que nos encontremos. En efecto, la primera opción («*idem crimen*») permite que un mismo hecho pueda ser sancionado dos o más veces si lesiona bienes jurídicos distintos, por lo que deja fuera del ámbito del *non bis in idem* los concursos ideales de infracciones y delitos, actuando solo como límite frente a los concursos de normas. Por el contrario, la segunda opción («*idem factum*») extiende la aplicación del *non bis in idem* tanto a los concursos de normas como a los concursos ideales, lo que puede verse como una garantía sustancialmente mayor para los ciudadanos.

Frente a esta situación, los asuntos *bpost* y *Nordzucker y otros* objeto del análisis en este trabajo, brindaban al TJUE la posibilidad de revisar, aclarar y, en su caso, unificar su jurisprudencia sobre esta concreta cuestión, lo que había generado una cierta expectación. Expectación que aumentó a la vista de las audaces conclusiones presentas por el abogado general Bobek el 2 de septiembre de 2021, a las que nos referiremos por extenso<sup>12</sup>. El TJUE ha aprovechado la oportunidad de hacerlo en sus dos SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, lo que seguramente convierte a estos dos pronunciamientos en el nuevo punto de referencia de su jurisprudencia sobre el *non bis in idem*.

Sin embargo, la solución por la que ha optado el TJUE, que ha sido la de exigir únicamente la identidad de hechos y de infractor («*idem factum*») y abandonar definitivamente la tesis de la triple identidad («*idem crimen*») para todos los ámbitos del derecho, no resulta, tal vez, la más satisfactoria. No, al menos, desde un entendimiento sustantivo del principio *non bis in idem*.

En efecto, el análisis de la jurisprudencia del TJUE sobre *non bis in idem* y, en particular, sobre el elemento del «*idem*», pasa por alto con demasiada frecuencia la necesidad de distinguir entre las dos manifestaciones de este principio: la material o sustantiva, que se opondría a la imposición de dos o más sanciones al mismo sujeto por la misma conducta, y la procesal o procedimental, que vetaría que el mismo sujeto fuese sometido, por la misma conducta, a dos o más procesos punitivos<sup>13</sup>. Aunque íntimamente relacionadas, lo cierto es que ambas manifestaciones del principio son absolutamente autónomas, hasta el punto de que cabe

<sup>12</sup> Rosso-Maccanico (2021: 270), Cano Campos (2021: 43-46).

<sup>13</sup> En la doctrina y la jurisprudencia españolas es frecuente hablar de las dos «vertientes» del *non bis in idem*. No obstante, como advierte L. Alarcón Sotomayor (2008), *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid: Iustel (págs. 102-104), es preferible evitar esta equívoca terminología, especialmente, porque algunas sentencias y parte de la doctrina científica han identificado la «vertiente» procesal del *non bis in idem* con la prevalencia de la vía penal sobre la administrativa. En el mismo sentido, T. Cano Campos (2001), «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista de Administración Pública*, 156, págs. 191-249 (págs. 192-193 y 198-199) y M. Gómez Tomillo (2020), «*Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH», *InDret* 2/2020, págs. 421-456 (pág. 423).

vulnerar cualquiera de ellas sin afectar en lo más mínimo la otra<sup>14</sup>. Por todo ello, cabe dudar de que sean, en rigor, dos manifestaciones de un mismo derecho fundamental y no dos garantías conceptualmente distintas<sup>15</sup>. De hecho, sostenemos la tesis de que la independencia conceptual entre las dos manifestaciones del *non bis in idem* permite explicar satisfactoriamente la distinta relevancia que tiene el interés jurídico protegido para cada una de ellas y, en última instancia, por qué el TJUE se ha decantado por el entendimiento del requisito del «*idem*» como «*idem factum*» en *bpost* y *Nordzucker y otros*<sup>16</sup>.

Desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia española, tanto ordinaria como constitucional, el *non bis in idem* sustantivo ha sido, con diferencia, el que ha recibido mayor atención. Es tal su protagonismo que, en ocasiones, parece identificarse la parte con el todo y, en una especie de metonimia jurídica, se asume que el *non bis in idem* es, sobre todo y ante todo, la prohibición de doble castigo<sup>17</sup>. Desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido por cada castigo es

<sup>14</sup> Bueno Armijo (2021: 277-278). Aguilera Morales (2006: 483) enuncia cada una de estas manifestaciones bajo los principios «*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*» (prohibición de doble enjuiciamiento) y «*nemo debet bis puniri pro uno delicto*» (prohibición de doble castigo). Con un terminología similar, P. J. Wattel (2016), «*Ne Bis in Idem and Tax Offences in EU Law and ECHR Law*», en B. van Bockel (ed.), *Ne bis in idem in EU Law* (págs. 167-217), Cambridge: Cambridge University Press (págs. 172-173), propone las expresiones más sencillas «*ne bis puniri*» y «*ne bis vexari*», propuesta que asume F. Dessterbeck (2019), «*Ne bis in idem and Tax Offences. How Belgium Adapted Its Legislation to the Recent Case Law of the ECtHR and the CJEU*», *Eucriim*, 2/2019, págs. 135-141 (pág. 136).

<sup>15</sup> V. van Bockel (2010), *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Boston: Wolters Kluwer (págs. 30-36), entiende que en derecho alemán es comúnmente aceptado que cada una de estas dos manifestaciones se identifica con una regla distinta, cada una de ellas con un fundamento y una finalidad diferentes. La prohibición de doble enjuiciamiento (*Erledigungsprinzip*) se vincularía al principio de cosa juzgada, mientras que la prohibición de doble castigo (*Anrechnungsprinzip*) se asociaría más bien a la idea de proporcionalidad. Prácticamente todos los Estados continentales parecen conocer esta distinción, pero la relación de estas reglas con el *non bis in idem* no es en absoluto pacífica: para algunos Estados solo la prohibición de doble enjuiciamiento se incluiría en el *non bis in idem*, mientras que para otros el *non bis in idem* daría cobertura a las dos prohibiciones, aunque no siempre en el mismo grado.

<sup>16</sup> La idea ya fue apuntada por M. Pérez Manzano (2018), «*The Spanish Connection: los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem*», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22 (págs. 383-420) (págs. 385-387), a partir de los conceptos desarrollados en M. Pérez Manzano (2002), *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>17</sup> Así ocurre, desde luego, en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Buen ejemplo de ello es la redacción del art. 31.1 LRJSP, que se preocupa únicamente de la concurrencia de sanciones, ignorando por completo el *non bis in idem* procesal-procedimental.



un elemento de la máxima importancia, lo que hace difícilmente comprensible la jurisprudencia del TJUE (y del TEDH) que hace caso omiso de él.

Sin embargo, desde el punto de vista del TJUE (y del TEDH), la situación es justamente la contraria: el «verdadero» *non bis in idem* no sería el que ofrece una garantía material o sustantiva, que es contemplada como algo accesorio, sino el *non bis in idem* procesal o procedimental. De este modo, la verdadera finalidad del principio sería impedir el doble proceso punitivo contra un mismo sujeto por los mismos hechos<sup>18</sup>. Así podía deducirse ya de algunas sentencias algo antiguas del TJUE y así ha quedado claramente expresado en dos sentencias más recientes, en las que se aclara que un sujeto sancionado dos o más veces por unos mismos hechos no puede invocar válidamente el *non bis in idem* si tales sanciones han sido impuestas en el seno de un único procedimiento<sup>19</sup>. Desde esta perspectiva, en la

---

Este último no parece gozar de un reconocimiento general en nuestro ordenamiento más allá del ámbito penal, como explica Cano Campos (2021: 19 y 21), por lo que incluso se puso en duda su carácter de derecho fundamental (*ibid.*, págs. 192 y 211). El Tribunal Constitucional ha afirmado su existencia como derecho fundamental, pero en unos términos difícilmente compatibles con la jurisprudencia del TEDH, R. Alcácer Guirao (2013), «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa*, 61, págs. 25-52 (págs. 36-39); Bueno Armijo (2021: 293-295).

<sup>18</sup> Aguilera Morales, 2006: 495, quien insiste en que, para el derecho de la UE, la prohibición de doble sanción solo queda amparada en este derecho cuando cada una de las sanciones es consecuencia de un proceso distinto. Comparten esta conclusión Van Bockel (2018: 982 y 2010: 209), Bueno Armijo (págs. 278-282), Rossi-Maccanico, (2021:266) o J. López Espejo (2022), «La configuración del *non bis in idem* en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador», *Revista de Estudios Europeos*, 79, págs. 619-639 (págs. 634 y 636).

Idéntico entendimiento es el que puede hallarse en la jurisprudencia del TEDH, donde se parte de que el art. 4 del Protocolo n.º 7 CEDH protege directamente de un *bis in idem* procesal y, solo indirectamente, de un *bis in idem* material, Alcácer Guirao (2013: 33-34), López Guerra (2019: 12), S. Martínez Cantón y R. Pérez Cerdón (2020), «La identidad de procedimientos en el principio *non bis in idem* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 52, págs. 73-92 (pág. 80). Ello explica que el TEDH haya sostenido que el *non bis in idem* no se ve afectado en caso de imposición de dos castigos a un mismo sujeto y por los mismos hechos, en aplicación de normas distintas, siempre que tenga lugar en el marco de un único procedimiento (STEDH de 30 de abril de 2015, *Kapetanios y otros c. Grecia*, rec. 3453/12, 42941/12 y 9028/13, ap. 72), J. Barcelona Llop (2020), «Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Sociedad*, 54, págs. 205-227 (pág. 222). También este parece ser el sentido originario del *non bis in idem* en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según concluye Alarcón Sotomayor (2008: 20 y 175).

<sup>19</sup> Se trata de la STJUE de 3 de abril de 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, as. C-617/17, y de la STJUE de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest*, as. C-10/18 P, de cuyo

que las sanciones efectivamente impuestas son un elemento secundario, el interés jurídico lesionado que pretendían retribuir constituye, igualmente, un elemento de menor importancia.

Este planteamiento, acaso extraño para el derecho administrativo sancionador español, parece ser la clave interpretativa que permite comprender la tan criticada jurisprudencia del TJUE (y del TEDH) en esta materia. Tratar como un único derecho lo que en realidad son dos derechos distintos, basados en fundamentos distintos, con contenidos esenciales distintos y sometidos a requisitos distintos, solo puede conducir a las distorsiones y contradicciones a las que estamos asistiendo.

## II. LOS HECHOS ENJUICIADOS POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES REMITENTES Y EL CONTENIDO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

### 1. EL ASUNTO *BPOST*: UN PROBLEMA DE *NON BIS IN IDEM* POR INTERVENCIÓN DE DOS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DISTINTAS DENTRO DEL MISMO ESTADO

Los hechos enjuiciados en la STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, se remontan a 2010, cuando la empresa *bpost, SA*, proveedora histórica de servicios postales en Bélgica, acordó una modificación de las tarifas aplicables a algunos de sus servicios, introduciendo un trato diferenciado entre distintas categorías de clientes y, en particular, entre los remitentes de envíos masivos y los preparadores de correos o empresas de pretratamiento<sup>20</sup>. El Instituto Belga de Servicios Postales y Telecomunicaciones (IBPT, Institut belge des services

---

análisis me he ocupado en Bueno Armijo (2021: 278-282) y sobre las que volveremos más adelante.

<sup>20</sup> Los remitentes de envíos masivos son consumidores finales de servicios de distribución postal, que preparan por sí mismos los mensajes y solicitan los servicios postales para su envío. Los preparadores de correos son empresas intermediarias, que proporcionan a los remitentes de envíos masivos servicios de pretratamiento postal, como la clasificación, la impresión, la introducción en sobres, el etiquetado, el franqueo, el depósito de los envíos, etc. Hasta 2010, *bpost* ofrecía descuentos en sus tarifas calculados sobre la base del volumen de envíos y aplicables tanto a los remitentes de envíos masivos como a los preparadores de correos. Estos últimos, al agrupar los envíos de muchos remitentes de envíos masivos, generaban un volumen mayor y, consiguientemente, obtenían mayores descuentos. Por tal motivo, a partir de 2010 *bpost* dejó de calcular los descuentos aplicables a los preparadores de envíos sobre su volumen total agregado de envíos y comenzó a calcularlo en función del volumen de envíos generado individualmente para cada uno de los remitentes de envíos masivos que contrataban sus servicios.

postaux et des télécommunications), que actúa como autoridad reguladora del sector postal, consideró que estos hechos constituían una vulneración de las normas reguladoras del mercado postal e impuso a *bpost* una sanción de multa de 2,3 millones de euros mediante resolución de 20 de julio de 2011, aunque esta acabaría siendo anulada en 2016<sup>21</sup>. En su resolución, la autoridad reguladora del sector postal indicó que el procedimiento seguido no guardaba relación con la aplicación del derecho de la competencia.

Paralelamente, y por los mismos hechos, el Consejo de la Competencia belga (conseil de la concurrence, actual Autoridad belga de la Competencia o Autorité belge de la concurrence) impuso también a *bpost*, mediante resolución de 10 de diciembre de 2012, una sanción de multa de unos 37,4 millones de euros, al considerar que tales hechos constituían una infracción en materia de defensa de la competencia (abuso de posición dominante). En la determinación de la sanción se tuvo en cuenta la multa de 2,3 millones de euros ya impuesta por la autoridad reguladora del sector postal, que aún no había sido anulada.

La sanción de 37,4 millones de euros impuesta por la autoridad de competencia fue impugnada ante el Tribunal de Apelación (Cour d'appel), quien estimó la vulneración del *non bis in idem* procedimental invocada por *bpost*, al entender que los procedimientos tramitados por la autoridad de competencia y por la autoridad reguladora del sector postal se referían a los mismos hechos («*idem factum*»). Sin embargo, el Tribunal de Casación (Cour de Cassation) casó la sentencia del Tribunal de Apelación y le devolvió el asunto para que volviera a dictar sentencia, al entender que el art. 50 CDFUE no impide la acumulación de procedimientos punitivos por unos mismos hechos cuando tales procedimientos persiguen fines complementarios que tienen por objeto diferentes aspectos de la misma conducta infractora («*idem crimen*»).

Precisado a pronunciarse de nuevo sobre el mismo asunto, el Tribunal de Apelación no pareció quedar convencido con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de Casación belga y decidió elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE<sup>22</sup>. El Tribunal de Apelación circunscribió correctamente sus dudas a la relevancia que puede tener el interés o bien jurídico protegido por las normas sancionadoras en la aplicación del *non bis in idem* y, con especial acierto, desdobló su cuestión prejudicial en dos partes.

<sup>21</sup> La sanción fue anulada por la sentencia de 10 de marzo de 2016 del Tribunal de Apelación (Cour d'appel), tras elevar una cuestión prejudicial al TJUE, quien concluyó que la diferencia de trato establecida por *bpost* no constituía una discriminación prohibida por la normativa europea en materia de servicios postales (STJUE de 11 de febrero de 2015, *bpost*, as. C-340/13, ap. 48).

<sup>22</sup> Decisión del Tribunal de Apelación de 19 de febrero de 2020, cuyos principales razonamientos son analizados en J. Dewispelaere y J. Vuylsteke (2020), «Request for a Preliminary Ruling on the *Non Bis in Idem* Principle in Competition Law Matters, or How to Reconcile Homogeneity and Effectiveness», *CoRe – European Competition and Regulatory Law*, 4, 2/2020, págs. 111-114.

En primer lugar, preguntó si para apreciar el requisito del «*idem*» es necesario que concurra la identidad de sujetos, hechos e interés jurídico protegido, dado que este último parecía ser distinto en las sanciones analizadas en el caso enjuiciado: el procedimiento sancionador tramitado por la autoridad reguladora del mercado postal tenía por objeto garantizar la liberalización del sector postal mediante la transparencia y la no discriminación en materia de tarifas, mientras que el procedimiento sancionador tramitado por la autoridad de competencia perseguía garantizar la libre competencia en el mercado interior y, en concreto, la prohibición de los abusos de posición dominante. Esta primera cuestión se refería, por tanto, a los presupuestos que deben concurrir en una situación determinada para dar por cumplido el requisito del «*idem*» y entender aplicable, en su caso, el *non bis in idem*.

En segundo lugar, y para el caso de que no se estimase necesaria para entender aplicable el *non bis in idem* la identidad entre los intereses legítimos protegidos («*idem factum*»), el órgano remitente preguntaba si la diversidad de intereses legítimos protegidos podría servir, al menos, para justificar una limitación de este derecho fundamental. Esta segunda cuestión, por tanto, planteaba la posibilidad de que, como cualquier otro derecho fundamental, el *non bis in idem* pudiera ser objeto de limitaciones y, en particular, preguntaba si esas limitaciones pueden venir justificadas por la necesidad de proteger un interés jurídico distinto al protegido por el primer procedimiento punitivo. De esta forma, la cuestión se desplazaba del art. 50 CDFUE al art. 52.1 CDFUE. Cabe adelantar que esta será la perspectiva que el TJUE asumirá como correcta.

## 2. EL ASUNTO NORDZUCKER Y OTROS: UN PROBLEMA DE NON BIS IN IDEM POR INTERVENCIÓN DE DOS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA DE ESTADOS DISTINTOS

A diferencia de lo ocurrido en el asunto *bpost*, donde la posible aplicación del *non bis in idem* se refería a una situación estrictamente nacional (si bien sometida al Derecho de la Unión), los hechos enjuiciados en la STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, tienen un elemento transnacional típico del funcionamiento del mercado interior. Todo se inició alrededor de 2004, con ciertas reuniones entre los directores comerciales de dos empresas alemanas productoras de azúcar, *Nordzucker* y *Südzucker*, en las que acordaron que sus empresas no competirían entre sí, absteniéndose de penetrar en los territorios de venta tradicionales de la otra. Entre otras prácticas concertadas, el 22 de febrero de 2006 tuvo lugar un acuerdo por el que *Nordzucker* y *Südzucker* se comprometieron a que una filial de la primera dejara de vender azúcar en el mercado austríaco, donde tradicionalmente operaba una filial de la segunda (*Agrana*), a cambio de seguir respetando sus respectivos territorios de venta tradicionales en Alemania.

*Nordzucker* presentó solicitudes de clemencia ante la autoridad alemana de competencia (*Bundeskartellamt*) y ante la autoridad austríaca de competencia (*Bundeswettbewerbsbehörde*), lo que dio lugar a que se iniciaran sendos procedimientos sancionadores en cada uno de estos dos Estados miembros. El 18 de febrero de 2014, la autoridad nacional alemana de competencia declaró que se había cometido una infracción en materia de defensa de la competencia en Alemania e impuso a *Südzucker* una sanción de multa de 195,5 millones de euros. Entre los hechos constitutivos de la infracción, la autoridad nacional de la competencia alemana incluyó el acuerdo de 22 de febrero de 2006 relativo a *Agrana*, la filial de *Südzucker* que operaba en el mercado austríaco, por su repercusión en el mercado alemán.

Por su parte, la autoridad nacional de la competencia austríaca solicitó ante el órgano jurisdiccional de primera instancia competente (Oberlandesgericht Wien) que sancionara a *Südzucker* y a su filial *Agrana*, por este mismo hecho, como autoras de una infracción en materia de competencia en Austria. El órgano jurisdiccional de primera instancia consideró, sin embargo, que el acuerdo de 22 de febrero de 2006, que era el único hecho que fundamentaba el proceso sancionador iniciado en Austria, ya había sido objeto de sanción por la autoridad nacional de competencia alemana, por lo que la imposición de una nueva sanción vulneraría el principio *non bis in idem*.

La autoridad nacional de competencia austríaca interpuso recurso de apelación contra esta resolución ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria (Oberster Gerichtshof), que decidió elevar cuestión prejudicial ante el TJUE. El órgano jurisdiccional remitente señaló que no existía hasta la fecha jurisprudencia del TJUE que ofreciese orientaciones sobre el modo de aplicar la garantía del *non bis in idem* en una situación como la enjuiciada, en la que dos autoridades nacionales de competencia aplican, en sendos procedimientos nacionales, el derecho de la Unión en materia de defensa de la competencia en relación con un mismo hecho y un mismo infractor. Ante una situación así, el órgano remitente apuntó a que la clave del asunto podía encontrarse en determinar si la identidad de intereses jurídicos protegidos debe considerarse un presupuesto necesario para dar por acreditado el requisito del «*idem*» y aplicar la garantía del *non bis in idem*.

En definitiva, las cuestiones prejudiciales elevadas en *bpost* y en *Nordzucker* y otros tenían por objeto la interpretación del art. 50 CDFUE y, en particular, pedían al TJUE que aclarase si en el ámbito del derecho de la competencia debía interpretarse el requisito del *idem* como «*idem crimen*» (tal y como hasta ahora venía haciendo) o como «*idem factum*» (tal y como se hacía ya en todos los demás ámbitos del Derecho de la Unión). El TJUE, que había evitado hasta ahora aclarar este conflictivo punto de su jurisprudencia, asume ahora la necesidad de afrontarlo y de dar una respuesta clara y directa a ambas cuestiones prejudiciales.

### III. EL TJUE RECOGE, FINALMENTE, EL GUANTE Y UNIFICA SU JURISPRUDENCIA: EL REQUISITO DEL «IDEM» DEBE INTERPRETARSE COMO «IDEM FACTUM» EN CUALQUIER ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UNIÓN, INCLUIDO EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El TJUE ha sido muy consciente de la relevancia de estos dos pronunciamientos. Así lo demuestran el hecho de que en los dos casos resuelva en su formación de Gran Sala<sup>23</sup> y el tono inusitadamente dogmático, casi académico, de ambas sentencias. De hecho, antes de entrar al análisis de las respectivas cuestiones prejudiciales, el TJUE expone en unas «Observaciones preliminares», prácticamente idénticas en los dos pronunciamientos, el marco conceptual en el que desea desarrollar su interpretación del *non bis idem*<sup>24</sup>.

El planteamiento del TJUE parte de recordar que el principio *non bis in idem* constituye desde antiguo un principio fundamental del derecho de la Unión y que actualmente goza del rango de derecho fundamental, consagrado en el art. 50 CDFUE. Esta inclusión en la CDFUE no solo le otorga rango de derecho originario (art. 6.1 TUE), sino que, además, en la medida en que se corresponde con el derecho establecido en el art. 4 del Protocolo n.º 7 del CEDH, su sentido y alcance en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser iguales a los que se confieren a este derecho en el CEDH (art. 52.3 CDFUE).

En segundo lugar, el TJUE asume que el *non bis in idem* consagrado en el art. 50 CDFUE es un principio únicamente aplicable en situaciones en las que los poderes públicos ejercen su *ius puniendi*, pues su finalidad es evitar «la acumulación tanto de procedimientos como de sanciones de carácter penal [...] por los mismos hechos contra la misma persona». Ello hace imprescindible identificar cuándo un procedimiento o una sanción tienen carácter punitivo. A tales efectos, el TJUE se remite a los tres criterios que fijó en su sentencia *Bonda* y que son una traslación, más o menos fiel, de los criterios *Engel* elaborados por el TEDH<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> La formación en Gran Sala, de conformidad con la aplicación que el TJUE ha hecho de lo previsto en el art. 16 de su Estatuto, implicó la participación en este asunto de su presidente, su vicepresidente, siete presidentes de Sala y cuatro jueces más. Uno de estos cuatro jueces resultó ser Nils Wahl, antiguo abogado general (2012-2019) y autor de las conclusiones presentadas en el asunto *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, as. C-617/17, en las que precisamente criticó e invitó al TJUE a revisar y unificar su jurisprudencia sobre el requisito del «*idem*», lo que el TJUE declinó hacer entonces. Por un curioso giro de los acontecimientos, el mismo Wahl acabaría participando en la sentencia que finalmente ha dado satisfacción a su petición.

<sup>24</sup> SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, aps. 22-28, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, aps. 28-33, respectivamente.

<sup>25</sup> SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, ap. 25, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, ap. 30: «El primero es la calificación jurídica de la infracción en Derecho interno; el segundo, la propia naturaleza de la infracción, y, el tercero, la gravedad de la

Finalmente, las «Observaciones preliminares» del TJUE concluyen recordando que la aplicación del principio *non bis in idem* está supeditada a dos requisitos. El primero (requisito del «*bis*») es la existencia de una resolución anterior firme. El segundo (requisito del «*idem*») es que dicha resolución anterior firme y los procedimientos o resoluciones posteriores tengan por objeto los mismos hechos.

Ambas sentencias contienen algunas indicaciones muy interesantes sobre el requisito del «*bis*», que parecen alinearse con la concepción predominantemente procesal-procedimental del principio *non bis in idem* a la que nos referiremos más adelante<sup>26</sup>. No obstante, en la medida en que todas las partes aceptan pacíficamente que el requisito del «*bis*» se cumplía en ambos asuntos, el TJUE no se detiene a analizarlo en ninguna de las dos sentencias.

El verdadero objeto de ambos pronunciamientos, en respuesta a lo solicitado por los órganos remitentes y a la invitación del abogado general Bobek, es aclarar cómo debe interpretarse el requisito del «*idem*». El TJUE afronta la cuestión abiertamente y, en tres breves párrafos, enmienda su jurisprudencia anterior y fija una doctrina unificada para analizar el requisito del «*idem*». A partir de ahora, sea cual sea el ámbito del Derecho de la Unión en el que se plantee la posible aplicación del *non bis in idem*, el requisito del «*idem*» debe ser entendido como «*idem factum*». De esta forma, ya no se exigirá la identidad de intereses jurídicos protegidos, bastando con la identidad de sujetos y hechos. Desaparece, así, la especialidad de la que hasta ahora gozaba este principio en el ámbito del Derecho de la competencia:

33. Es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que el criterio pertinente para apreciar la existencia de la misma infracción es el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre sí que han dado lugar a la absolucón o a la condena definitiva de la persona de que se trate. Así, el art. 50 de la Carta prohíbe imponer, por hechos idénticos, varias sanciones de carácter penal al término de distintos procedimientos tramitados a estos efectos [...].

---

sanción que puede imponerse al interesado (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de junio de 2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319, apdo. 37, y de 20 de marzo de 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, apdos. 26 y 27)».

<sup>26</sup> En ambos pronunciamientos el TJUE exige, literalmente, que para poder aplicar el principio *non bis in idem* debe existir una «resolución *judicial* [que] se ha pronunciado en firme sobre los hechos sometidos a un segundo procedimiento [...] tras una apreciación en cuanto al fondo del asunto» (cursivas añadidas), lo que obliga a preguntarse cómo deben tratarse aquellos casos, frecuentísimos, en los que la resolución sancionadora tiene carácter administrativo. SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, ap. 29, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, ap. 34.

34. Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la calificación jurídica, en Derecho nacional, de los hechos y el interés jurídico protegido no son pertinentes para determinar la existencia de la misma infracción, puesto que el alcance de la protección que confiere el art. 50 de la Carta no puede variar de un Estado miembro a otro [...].

35. Lo mismo sucede a los efectos de la aplicación del principio *non bis in idem* consagrado en el art. 50 de la Carta en el ámbito del Derecho de la Unión en materia de competencia, puesto que, como ha señalado el Abogado General en los puntos 95 y 122 de sus conclusiones, el alcance de la protección que confiere esta disposición no puede —salvo disposición contraria del Derecho de la Unión— variar de un ámbito a otro de este Derecho<sup>27</sup>.

El TJUE pretende dar respuesta definitiva a las críticas que había generado su jurisprudencia anterior. Y, a fin de despejar toda duda, vincula expresamente esta interpretación con la jurisprudencia emanada del TEDH de manera constante desde la STEDH *Sergey Zolotukhin c. Rusia*, en la que el Tribunal de Estrasburgo también se enfrentó a su propia jurisprudencia anterior, igualmente contradictoria, y se decantó por la interpretación del requisito del «*idem*» como «*idem factum*»<sup>28</sup>.

La aplicación de esta jurisprudencia a los dos casos enjuiciados, a efectos de determinar si concurre o no el requisito del «*idem*», ofrece el siguiente resultado:

— en el asunto *bpost*, el TJUE considera irrelevante que la sanción impuesta por la autoridad reguladora del mercado postal y la sanción impuesta por la autoridad nacional de competencia tuvieran por objeto proteger intereses jurídicos distintos; lo único importante es que en ambos casos se sancionaba al mismo infractor (*bpost*) por los mismos hechos (cambio discriminatorio en sus tarifas);

— en el asunto *Nordzucker y otros*, el TJUE considera igualmente irrelevante que las sanciones impuestas por las autoridades nacionales de competencia alemana y austríaca pretendieran proteger intereses jurídicos distintos (extremo que, por otra parte, negará más adelante); lo importante, de nuevo,

<sup>27</sup> STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, aps. 33-35. En términos prácticamente idénticos, STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, aps. 38-40.

<sup>28</sup> También para el TEDH (en la interpretación que hace de su jurisprudencia el TJUE, *bpost*, ap. 37), «la identidad de los hechos materiales se entiende como un conjunto de circunstancias concretas derivadas de acontecimientos que son, en esencia, los mismos, en la medida en que implican al mismo autor y están indisolublemente ligados entre sí en el tiempo y en el espacio, STEDH de 10 de febrero de 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Rusia*, §§ 83 y 84, y STEDH de 20 de mayo de 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, §§ 49 a 52».



es que en ambos casos se sancionaría al mismo infractor (*Sudzucker*) y por los mismos hechos (el acuerdo de 22 de febrero de 2006).

Como consecuencia, y dado que en ambos casos también concurría el requisito del «*bis*», el TJUE concluye que tanto *bpost* como *Sudzucker* pueden reclamar legítimamente la protección que ofrece el derecho al *non bis in idem* consagrado en el art. 50 CDFUE frente a un segundo procedimiento y frente a una eventual segunda sanción.

#### IV. LAS POSIBLES (Y NECESARIAS) LIMITACIONES AL *NON BIS IN IDEM*: LA CLÁUSULA DEL ART. 52.1 CDFUE COMO SOLUCIÓN PROPIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La interpretación por la que optan ambas sentencias no viene sin consecuencias. Y el TJUE es, nuevamente, muy consciente de ello. Ampliar en exceso el ámbito de aplicación del *non bis in idem* conlleva, necesariamente, que muchas conductas típicamente antijurídicas y culpables queden sin uno de los castigos que el ordenamiento jurídico prevé legítimamente para ellas. La aparente irrelevancia del interés jurídico protegido significa, en concreto, que muchas lesiones a valores o bienes sociales podrían quedar sin castigo. Ese parece ser el resultado al que se llega en el asunto *bpost*, en el que la lesión al bien jurídico protegido por el derecho de la competencia quedaría sin posible sanción porque los hechos ya habían sido sancionados por la lesión que causaron al bien jurídico protegido por las normas del mercado postal, y en el asunto *Nordzucker y otros*, en el que la lesión al bien jurídico protegido por las normas austríacas de derecho de la competencia quedaría sin sanción porque los hechos ya habían sido sancionados por la lesión que causaron al bien jurídico protegido por las normas alemanas de derecho de la competencia<sup>29</sup>. En definitiva, se estaría negando toda posibilidad de imponer más de un castigo en caso de concursos ideales de delitos o infracciones, lo que supondría, *de facto*, que muchos intereses jurídicos protegidos dejasen, precisamente, de estar protegidos.

<sup>29</sup> Entre los primeros comentaristas de estos pronunciamientos ya se ha alertado del efecto profundamente distorsionador que esta jurisprudencia podría tener en algunos ámbitos en pleno desarrollo del derecho de la Unión con amplios espacios de solapamiento con el derecho de la competencia, como el Mercado Único Digital. Véase, en especial, D. Katsifis, «*Ne bis in idem* and the DMA: the CJEU's judgments in *bpost* and *Nordzucker* – Part II», *The Platform Law Blog*, <https://theplatformlaw.blog/2022/03/29/ne-bis-in-idem-and-the-dma-the-cjeus-judgments-in-bpost-and-nordzucker-part-ii/> [última consulta: 31 de mayo de 2022]. Sobre este mismo riesgo, Colangelo y Cappai (2021: 21-23).

El resultado no es solo insatisfactorio para el interés general, sino también para las víctimas de tales conductas impunes, cuyos derechos fundamentales pueden verse vulnerados por la falta de respuesta punitiva del Estado contra sus agresores<sup>30</sup>.

Los problemas que genera este sobredimensionamiento del *non bis in idem* exigen soluciones, como han reclamado muchos Estados<sup>31</sup>. Y lo cierto es que los dos tribunales causantes de esta situación, el TEDH y el TJUE, han comenzado a ofrecer algunas respuestas, si bien desde planteamientos muy distintos.

El primero en reaccionar frente a los excesos que su propia jurisprudencia había causado fue el TEDH, quien desde la STEDH *A. y B. c. Noruega* ha apostado por reducir la aplicación del *non bis in idem* a partir de una reinterpretación restrictiva del elemento del «bis». Esta reinterpretación le ha permitido negar la existencia, *de facto*, de un segundo procedimiento cuando se reúnan ciertos requisitos. En concreto, el TEDH ha sostenido que no cabe hablar de dos procesos punitivos distintos, sino de uno solo, cuando exista «un vínculo material y temporal suficientemente estrecho» entre ambos<sup>32</sup>. Además de esta estrecha vinculación, la existencia de los dos procedimientos formalmente independientes debe venir justificada por el hecho de que persigan finalidades complementarias y aborden diferentes aspectos de la conducta social<sup>33</sup>. Sin embargo,

<sup>30</sup> Especialmente ilustrativa de ello resulta la STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalić c. Croacia*, rec. 50231/13, de la que me he ocupado en A. Bueno Armijo (2022), «La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La ¿inevitable? STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalić c. Croacia*, rec. n.º 50231/13», en M. A. Calzadilla Medina y R. Martín Quintero (dirs), *El Derecho de la Unión Europea ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Valencia: Tirant lo Blanch (en prensa).

<sup>31</sup> De hecho, algunos especialmente activos (Italia, Suecia, Noruega) parecen haber estado detrás de los cambios operados por el TEDH en su jurisprudencia a partir de la STEDH de 15 de noviembre de 2016, *A. y B. c. Noruega*, rec. 24130/11 y 29758/11, según revela abiertamente A. Turmo (2020), «*Ne Bis in Idem* in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism», *European Papers*, 5, 2020/3, págs 1341-1356 (págs. 1343, 1348, 1349 y 1351) y según señalan también Vetzo (2018: 64), Luchtman (2018: 1725), o incluso, más sutilmente, el abogado general Campos Sánchez-Bordona en sus conclusiones al asunto *Menci*, C-524/15, ap. 71.

<sup>32</sup> La interpretación de qué debe entenderse por «un vínculo material y temporal suficientemente estrecho» resulta, sin embargo, extremadamente confusa. A la vista del cambiante modo en que están siendo interpretadas por el TEDH, Mirandola y Lasagni (2019: 128) consideran que ambos conceptos no son más que una «cáscara vacía».

<sup>33</sup> Como se ha señalado certeramente, esta alusión a las «finalidades complementarias» es un eufemismo para referirse a los intereses jurídicos protegidos, que vuelven así al primer plano, «de modo que se introduce por la ventana (del *bis*) lo que previamente se ha echado por la puerta (del *idem*)», Cano Campos (2021: 38). En el mismo sentido también Colangelo y Cappai (2021: 15) y Mirandola y Lasagni (2019: 128), se refieren a esta vuelta de los intereses jurídicos protegidos como una entrada «por la puerta de atrás» del requisito del «bis».

tras comprobar que esta solución no resuelve todos los problemas que un *non bis in idem* garantista en exceso genera, el TEDH ha explorado otras vías, mucho más discutibles y basadas en una interpretación extremadamente amplia de los «vicios sustantivos» que pueden afectar a un proceso punitivo y de sus posibles consecuencias<sup>34</sup>.

El TJUE, por su parte, ha optado por una respuesta propia basada en la dogmática general de los derechos fundamentales, que considera plenamente aplicable al *non bis in idem*. Este planteamiento, que se encontraba ya en *Menci*, es ahora parcialmente corregido y desarrollado en *bpost* y *Nordzucker y otros*<sup>35</sup>. El punto de partida se sitúa, como se ha dicho, en la constatación de que el *non bis in idem*, recogido en el art. 50 CDFUE, es uno más de los derechos fundamentales consagrados en la Carta. En consecuencia, y como cualquier otro derecho fundamental, cabe imponerle limitaciones justificadas sobre la cláusula general del art. 52.1 CDFUE<sup>36</sup>. Sentado lo anterior, el TJUE analiza qué requisitos deben cumplirse, de conformidad con este último precepto, para aceptar una posible limitación al *non bis in idem*<sup>37</sup>. Conforme a este precepto:

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> STEDH de 14 de enero de 2021, *Sabalić c. Croatia*, rec. 50231/13, aps. 99-101.

<sup>35</sup> Un análisis del primer desarrollo de esta tesis en la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Menci*, as. C-524/15, en López Espejo (2022: 629-631).

<sup>36</sup> Un planteamiento similar, en el que se admitía la posibilidad de limitar el contenido del derecho al *non bis in idem*, había sido seguido ya en la STJUE de 27 de mayo de 2014, *Spasić*, as. C-129/14 PPU. No obstante, la normativa aplicable al caso no eran los arts. 50 y 52 CDFUE, sino el Convenio de Aplicación de Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (CAAS), por lo que no son supuestos realmente comparables, como precisan Turmo (2020: 1352) y Lo Schiavo (2018: 659).

<sup>37</sup> SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, aps. 40-41, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, aps. 49-50.

<sup>38</sup> Sobre el alcance del art. 52.1 CDFU, A. Carmona Contreras (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, Madrid: Aranzadi, 2020 (págs. 51-97), así como A. Mangas Martín (2008), «Art. 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios», en A. Mangas Martín (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (págs. 826-851), Bilbao: Fundación BBVA (págs. 832-837).

En consecuencia, los tres requisitos que deben cumplirse para imponer una limitación al derecho fundamental al *non bis in idem* serían: que dicha limitación esté establecida por ley, que respete el contenido esencial de este derecho y que respete el principio de proporcionalidad. Al tratarse de dos sentencias que dan respuesta a sendas cuestiones prejudiciales, el TJUE se remite a los órganos jurisdiccionales nacionales para que comprueben la concurrencia de tales requisitos. Sin embargo, se detiene largamente en ofrecer criterios interpretativos que puedan ayudarles en su tarea. En especial, en la STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20. En esta sentencia, el TJUE no se pronuncia sobre la necesidad de que la limitación esté establecida por la ley, primero de los requisitos. Por el contrario, sí que aclara expresamente que:

[la] posibilidad de acumular procedimientos y sanciones respeta el contenido esencial del art. 50 de la Carta siempre que la normativa nacional no permita perseguir y sancionar los mismos hechos por la misma infracción o con el fin de lograr el mismo objetivo, sino que contemple únicamente la posibilidad de acumular procedimientos y sanciones en virtud de normativas diferentes (ap. 43).

Esta sorprendente remisión a las «normativas diferentes» que no persiguen «el mismo objetivo» supone, en realidad, aceptar la relevancia de los concursos ideales y, en definitiva, volver a poner el foco sobre el interés jurídico protegido por las distintas normas sancionadoras. Así, el TJUE considera irrelevante que el interés jurídico protegido por las normas sancionadoras aplicables a unos mismos hechos sea o no el mismo a efectos de determinar la aplicación del *non bis in idem*. Pero, al mismo tiempo, admite que el legislador (tanto de los Estados como de la Unión) pueda excepcionar la aplicación del *non bis in idem* y permitir que se enjuicie dos o más veces a un mismo sujeto por unos mismos hechos cuando se haga sobre la base de normas sancionadoras distintas que protejan intereses jurídicos distintos<sup>39</sup>.

Eso sí, para superar el juicio de proporcionalidad, tercero de los requisitos exigidos por el art. 52.1 CDFUE, será necesario «que dichos procedimientos sean complementarios y que la carga adicional que supone la acumulación pueda justificarse por los dos objetivos perseguidos» (ap. 49). En particular, debe determinarse «el carácter estrictamente necesario de tal acumulación de procedimientos y sanciones», para lo que debe tener en cuenta:

---

<sup>39</sup> Como desarrollaremos más adelante, el resultado de aplicar esta exigencia en el caso *Nordzucker y otros*, en el que el TJUE rechaza que se estén persiguiendo «objetivos complementarios relativos a distintos aspectos del mismo comportamiento», será la negativa a aceptar una limitación del *non bis in idem* sobre la base del art. 52.1 CDFUE y la tramitación de dos procedimientos distintos (aps. 56-57).

[...] si existen normas claras y precisas que permitan prever qué actos y omisiones pueden ser objeto de una acumulación de procedimientos y sanciones, así como la coordinación entre las distintas autoridades, si los dos procedimientos se han tramitado de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo, y si la sanción impuesta, en su caso, a raíz del primer procedimiento desde el punto de vista cronológico se ha tenido en cuenta al evaluar la segunda sanción, de modo que la carga resultante, para las personas afectadas, de tal acumulación se limite a lo estrictamente necesario y que el conjunto de las sanciones impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones cometidas (ap. 51).

Para aplicar estas exigencias al caso concreto, la STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, se permite apuntarle al órgano nacional remitente que la normativa belga aplicable al caso, que prevé la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades afectadas, garantiza la coordinación (ap. 55) y que la tramitación paralela de sus respectivos procedimientos por parte de ambas autoridades acreditaría «un vínculo temporal suficientemente estrecho» entre ambos (a pesar de que el primero terminó con resolución de 20 de julio de 2011 y al segundo le puso fin una resolución dictada casi un año y medio después, el 10 de diciembre de 2012) (ap. 56).

En resumen, el TJUE está dispuesto a aceptar que un mismo sujeto pueda ser sometido a dos o más procedimientos, por los mismos hechos, cuando así esté previsto en normas sancionadoras que persigan intereses jurídicos distintos y siempre que exista alguna coordinación entre tales procedimientos y un cierto vínculo temporal entre ellos. Así lo permitiría, a su entender, la aplicación de la cláusula horizontal del art. 52.1 CDFUE al derecho garantizado en el art. 50 CDFUE, que encontraría de este modo una especie de «trampilla de evacuación bastante generosa», por emplear la gráfica expresión del abogado general Bobek<sup>40</sup>.

Si se analiza con detenimiento toda esta construcción, se descubren dos elementos de especial interés. El primero es que esta «trampilla de evacuación» se construye para permitir la tramitación de dos procedimientos por los mismos hechos, esto es, para el *non bis in idem* procesal-procedimental. El TJUE no se pronuncia sobre la posibilidad de que pueda también limitarse el *non bis in idem* sustantivo-material, es decir, sobre la posibilidad de que puedan imponerse dos o más castigos al mismo sujeto por los mismos hechos. Antes al contrario: uno de los criterios que expresamente deben tomarse en consideración en el juicio de proporcionalidad al que obliga el art. 52.1 CDFUE es, justamente, que la sanción impuesta al término del segundo procedimiento haya tenido en cuenta, descontándola, la sanción impuesta al término del primero, de modo que el resultado material (aunque no formal) sea la imposición de un solo castigo<sup>41</sup>. La exigencia

<sup>40</sup> Conclusiones del abogado general Bobek en el asunto *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, ap. 38.

<sup>41</sup> La imposibilidad de compensar la previa sanción administrativa y la posterior condena penal ya fue, justamente, uno de los elementos determinantes para declarar la vulneración

de este descuento significa, lisa y llanamente, que no se admite la doble sanción. Esta preeminencia de lo procesal-procedimental en el razonamiento del TJUE no debe pasar desapercibida. Volveremos a ella más adelante.

En segundo lugar, debe subrayarse de nuevo que la jurisprudencia *Menci, bpost* y *Nordzucker y otros* (y, antes de ella, la jurisprudencia *A. y B. c. Noruega* del TEDH) no ha renunciado a tomar en consideración el interés jurídico protegido por las normas sancionadoras. Lo que se ha producido en el caso del TJUE, más bien, es una traslación del momento en que dicha toma en consideración se produce. Como si de un «pequeño camaleón» se tratara<sup>42</sup>, este criterio ya no se considera relevante para determinar el «*idem*» exigido por el art. 50 CDFUE, sino para analizar las posibles limitaciones al *non bis in idem* amparadas por el art. 52.1 CDFUE.

Pero este cambio de posición en el procedimiento de aplicación del *non bis in idem* tiene consecuencias relevantes. Aunque de manera un tanto impropia, cabría decir que este elemento ha sido degradado en su importancia. Cuando se entendía que el «*idem*» debía interpretarse como «*idem crimen*», el interés jurídico protegido se configuraba como un requisito: si no existía identidad entre los intereses jurídicos protegidos por las normas punitivas aplicables, el *non bis in idem* era inaplicable. Es decir, la existencia de distintos intereses jurídicos protegidos por las normas punitivas aplicables era un elemento suficiente para impedir la activación del *non bis in idem*.

En su nueva posición, la existencia de intereses jurídicos protegidos distintos es un requisito necesario, pero no suficiente, para justificar una limitación al *non bis in idem*. Esa divergencia entre los intereses jurídicos protegidos es solo uno más de los requisitos que deberán reunirse (junto con la previsión normativa expresa y el respeto al principio de proporcionalidad) para justificar, en su caso, una limitación al *non bis in idem* que, en principio, sí sería aplicable.

---

de la prohibición de doble enjuiciamiento en la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Garlsson Real Estate y otros*, as. C- 537/16, ap. 60.

En cualquier caso, cabe dudar de la coherencia de esta exigencia: si existe más de un interés jurídico protegido que ha resultado lesionado (y así tiene que ser para que se admita el doble enjuiciamiento), no se entiende por qué debe imponerse una única sanción. Al contrario, la más elemental exigencia del carácter retributivo del castigo obligaría, más bien, a que deba imponerse una sanción por cada uno de los bienes jurídicos protegidos lesionados (o, al menos, el castigo más grave en su mitad superior o cálculo similar). La integración de sanciones solo tendría sentido cuando el bien jurídico protegido fuera el mismo, pero, si así fuera, el TJUE rechazaría la tramitación del segundo procedimiento porque este no sería un «complemento necesario» al primero. El TEDH parece adoptar una postura más flexible hacia esta exigencia, como demuestra la STEDH de 4 de diciembre de 2018, *Matthildur Ingsvarsdóttir c. Islandia*, rec. 22779/14, aps. 60-61, en la que se aceptó la existencia de un doble proceso punitivo en el ámbito fiscal aun cuando la pena impuesta en el segundo no tuvo en cuenta la sanción impuesta en el primero.

<sup>42</sup> Tomo la expresión de las conclusiones del abogado general Bobek en el asunto *bpost*, as. C-117/20, ap. 128.

## V. ALGUNOS PROBLEMAS GENERADOS POR LA JURISPRUDENCIA *BPOST* Y *NORZUCKER* Y OTROS A LOS QUE EL TJUE NO DA RESPUESTA

Las sentencias *bpost* y *Nordzucker*, al asumir y normalizar la jurisprudencia *Menci*, han heredado también algunos de los problemas dogmáticos que esta entraña y que ya habían sido puestos de manifiesto. Especialmente valiosas a este respecto resultan algunas de las apreciaciones del abogado general Bobek en sus conclusiones a ambos asuntos.

En primer lugar, el abogado general Bobek señaló que el recurso al art. 52.1 CDFUE solo funciona como control *ex post*, pero no permite un control previo ni ofrece reglas claras a los Estados miembros sobre cuándo resulta admisible la tramitación de un segundo proceso punitivo contra el mismo sujeto y por los mismos hechos. En efecto, el art. 50 CDFUE debería aplicarse siguiendo un criterio de apreciación *ex ante* y definido a nivel normativo, de modo que los Estados miembros (o la Unión) deberían saber en qué situaciones no pueden siquiera incoar el segundo procedimiento (o en cuáles deben archivarlo, si es que ya se estuviera tramitando), lo que permitiría que este derecho fundamental actuase como una traba. Pero, frente a esta aspiración, la construcción propuesta por el TJUE llevaría a que solo resulte posible determinar si el segundo procedimiento es admisible o si vulnera la garantía del *non bis in idem* una vez que haya terminado con una resolución firme<sup>43</sup>.

De manera un tanto sorprendente, el TJUE considera que la crítica es legítima, pues, en efecto, «el análisis global de la cuestión de si la acumulación de dos procedimientos puede estar justificada en virtud del art. 52, apdo. 1, de la Carta solo puede realizarse plenamente *ex post*, dada la naturaleza de algunos de los factores que han de tenerse en cuenta»<sup>44</sup>. En efecto, algunos de los elementos que necesariamente deberán tenerse en cuenta para realizar el juicio de proporcionalidad (en concreto, la existencia de «un vínculo material y temporal suficientemente estrecho entre los dos procedimientos») solo se conocerán plenamente una vez terminado este segundo procedimiento, por lo que cabría entender que el art. 50 CDFUE perdería su efecto útil preventivo de evitar que se enjuicie nuevamente a un mismo sujeto por los mismos hechos.

Sin embargo, a pesar de la contundencia del abogado general Bobek y de la mansa aquiescencia del TJUE, no creo que sea cierto que la interpretación propuesta por este último elimine en todo caso el efecto preventivo y *ex ante* del *non bis in idem*. Por el contrario, cuando el segundo procedimiento tenga por

<sup>43</sup> Conclusiones del abogado general Bobek al asunto *bpost*, C-117/20, aps. 107-109. Coincidente también con este análisis y sus críticas, que hace suyas, Cano Campos (2021: 38). Las dificultades de desplegar un control *ex ante* habían sido ya advertidas por Mirandola y Lasagni (2019: 132).

<sup>44</sup> STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, aps. 52 y 53.

objeto aplicar una norma punitiva que pretenda castigar una lesión al mismo bien jurídico que ya justificó el primer procedimiento, cabrá oponerse desde el primer momento a su incoación (o, en su caso, continuación), puesto que ya se puede afirmar que no superará el juicio de proporcionalidad, dado que la existencia de intereses jurídicos protegidos distintos es un requisito necesario (aunque no suficiente) para superar dicho juicio<sup>45</sup>.

Y lo mismo cabría decir cuando el segundo procedimiento punitivo se inicie cuando ya se haya tramitado y resuelto, con carácter definitivo, el primer procedimiento. En dicho caso, por definición, no concurrirá el «vínculo temporal suficientemente estrecho» entre ambos, por lo que tampoco sería necesario tramitar y resolver el segundo procedimiento para saber que no se podrá superar el juicio de proporcionalidad.

En segundo lugar, el abogado general Bobek también advierte de que la exigencia de una cierta coordinación entre los procedimientos seguidos contra el infractor, como requisito necesario para superar el juicio de proporcionalidad exigido por el art. 52.1 CDFUE, resulta quimérica cuando se trata de procedimientos punitivos tramitados en Estados distintos. En efecto, si ya resulta complicada la coordinación entre autoridades administrativas dentro de un mismo Estado (en ocasiones, pertenecientes a distintos niveles territoriales de gobierno) en el ejercicio de sus competencias y aún más la coordinación entre autoridades administrativas y judiciales, exigir esa coordinación cuando exista un elemento transnacional que implique la participación de órganos (judiciales o administrativos, de uno o varios niveles de gobierno) de Estados miembros distintos puede considerarse «ciencia ficción»<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> De hecho, tal es la situación que el propio TJUE descubre en el asunto enjuiciado por el órgano jurisdiccional remitente en la STJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *Nordzucker y otros*, as. C-151/20. Tras analizar las actuaciones remitidas, el TJUE estima muy probable que tanto la autoridad nacional de competencia alemana como la autoridad nacional de competencia austríaca, al perseguir y sancionar los mismos hechos para garantizar el respeto de la prohibición de las prácticas colusorias de conformidad con el art. 101 TFUE, estarían intentando proteger exactamente «el mismo objetivo de interés general consistente en garantizar que no se falsee la competencia en el mercado interior». Y añade, en coherencia con su análisis del art. 52.1 CDFUE: «En estas circunstancias, ha de considerarse que una acumulación de procedimientos y sanciones [...] no puede justificarse, en ningún caso, en virtud del art. 52, apdo. 1, de la Carta» (aps. 56-57, cursivas añadidas). Esta constatación impide, sin más, que se tramite el segundo procedimiento, actuando como un control *ex ante* y una traba procesal. No resulta fácil, a estos solos efectos, encontrar alguna diferencia práctica entre analizar el interés legítimo protegido como parte del requisito del «*idem*» (art. 50 CDFUE) o como parte de los requisitos para admitir una excepción a la prohibición de doble enjuiciamiento (art. 51.2 CDFUE). Próximo a esta postura, Vetzo (2018: 72).

<sup>46</sup> Conclusiones del abogado general Bobek en el asunto *bpost*, as. C-117/20, ap. 115-116, quien recuerda que, después de varias décadas intentándolo, el derecho de la Unión ni siquiera ha sido capaz de conseguir un sistema plenamente integrado en el derecho de



Con estos nuevos pronunciamientos en *bpost* y *Nordzucker* y otros, el TJUE realiza una apuesta muy ambiciosa por la coordinación entre todas las autoridades de la Unión para el ejercicio de sus potestades sancionadoras, lo que sin duda redundaría en un mayor nivel de integración y, sobre todo, en una extraordinaria simplificación para los ciudadanos. En las situaciones intraestatales, esta aspiración coincide, además, con la expresada por el TEDH. Sin embargo, en las relaciones transnacionales, en el momento actual de desarrollo del derecho de la Unión, esta ambición incurre en lo temerario. No solo por su extrema dificultad práctica, sino porque podría poner en peligro otros derechos de los ciudadanos, como su derecho a la protección de datos<sup>47</sup>.

La consecuencia práctica es que, en los supuestos transnacionales, será poco menos que imposible superar el test de proporcionalidad del art. 52.1 CDFUE con los criterios exigidos por el TJUE, dado que no existen los mecanismos que permitan que dos procedimientos de Estados miembros distintos se tramiten «de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo». Es decir, no se reunirán nunca los requisitos para hacer admisibles las limitaciones al *non bis in idem* que el art. 52.1 CDFUE, en teoría, admitiría. Esto significa, por ejemplo, que unos hechos con relevancia transnacional que sean sancionados con carácter leve por una autoridad administrativa de un Estado miembro no podrían ser posteriormente enjuiciados por una autoridad judicial de otro Estado miembro aun cuando en este último pudieran tener relevancia penal y ameritasen una condena grave. Esta situación es, tal vez, un indicio suficientemente fuerte de la necesidad de reconsiderar la aplicación del *non bis in idem* a situaciones transnacionales.

## VI. ¿CÓMO JUSTIFICA EL TJUE SU INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DEL «*IDEM*» COMO «*IDEM FACTUM*» EN LUGAR DE COMO «*IDEM CRIMEN*»?

Según queda expuesto, las consecuencias de optar por una interpretación del requisito del «*idem*» como «*idem factum*» en lugar de como «*idem crimen*» (o

---

la competencia que armonice la actuación de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia.

<sup>47</sup> Para alcanzar un nivel tan elevado de cooperación y coordinación en el ejercicio de sus potestades, los poderes públicos tendrán que aumentar la cantidad y la calidad de los datos que intercambien, lo que parece conducir a la paradoja de que, para garantizar la protección de un derecho fundamental (*non bis in idem*) resultará necesario aceptar limitaciones (en ocasiones, muy intrusivas) en otros derechos, tal y como ha advertido M. Luchtman, «The CJEU judgments in C-117/20 *bpost* and C-151/20 *Nordzucker*: Fundamental rights as a vehicle for hybrid enforcement mechanisms?», *Blog Renforce*, <http://blog.renforce.eu/index.php/nl/2022/05/12/the-cjeu-judgments-in-c-117-20-bpost-and-c-151-20-nordzucker-fundamental-rights-as-a-vehicle-for-hybrid-enforcement-mechanisms-2/> [última consulta: 31/05/2022].

en lugar de alguna otra de las interpretaciones del «*idem*» que serían igualmente posibles) no son de escasa importancia. Sin embargo, ni la sentencia *bpost* ni la sentencia *Nordzucker y otros* contienen una mínima motivación que permita entender por qué el TJUE se ha decantado por esta opción. En ambos pronunciamientos el TJUE se limita a afirmar que se trata de su «jurisprudencia consolidada» y se remite a sentencias anteriores, que a su vez se remiten a sentencias anteriores y que, en última instancia, se remontan a la STJUE de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, as. C-436/04.

La conclusión alcanzada en *bpost y Nordzucker y otros* se presenta, de este modo, como algo ineluctable y, de hecho, se ha sugerido que la decisión del TJUE estaba ya prefigurada en algún pronunciamiento anterior<sup>48</sup>. Pero ni remotamente se trataba de una cuestión cerrada. Así lo demuestra el hecho de que el abogado general Bobek propusiera al TJUE unificar su jurisprudencia sobre el requisito del «*idem*», pero generalizando la categoría del «*idem crimen*» y no la del «*idem factum*». Es decir, justamente lo contrario de lo que el TJUE finalmente ha decidido<sup>49</sup>.

Resulta arriesgado hacer descansar la opción del TJUE por el «*idem factum*» en una explicación histórica que se remontaría al asunto *Van Esbroeck*, pues, en aquella ocasión, la opción interpretativa del TJUE pudo basarse en dos argumentos de cierto peso, pero específicos del asunto enjuiciado:

— En primer lugar, concurría un elemento normativo insoslayable: el art. 54 del Convenio de Aplicación del Convenio Schengen (CAAS), que era el precepto aplicable, consagra el respeto al principio *non bis in idem* utilizando unos términos distintos a los empleados por el art. 50 CDFUE o por el art. 4 del Protocolo n.º 7 al CEDH. Por cuanto ahora interesa, el art. 54 CAAS se refiere expresamente a la prohibición de que una persona sea perseguida más de una vez «por los mismos hechos», no por la misma «infracción» (cfr. art. 50 CDFUE; art. 4 Protocolo n.º 7 CEDH). De este modo, la mera interpretación literal permitía afirmar que el requisito del «*idem*» debía interpretarse, inexcusablemente, como «*idem factum*».

— En segundo lugar, concurrían también las peculiaridades propias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ámbito en el que se produjo la sentencia y en el que se marca como objetivo fundamental de la Unión garantizar la libre circulación de personas. La pluralidad de ordenamientos penales nacionales no armonizados, en los que unos mismos hechos pueden

<sup>48</sup> Mirandola y Lasagni (2019: 127) advierten que la STJUE de 3 de abril de 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, as. C-617/17, ap. 32, refiriéndose a un asunto dictado en materia de derecho de la competencia, ya había afirmado que: «Como ha señalado el Abogado General en el punto 21 de sus conclusiones, este artículo [50 CDFUE] se refiere específicamente a la repetición de un procedimiento *en relación con el mismo hecho material* que ha dado lugar a una decisión firme» (cursivas añadidas).

<sup>49</sup> Conclusiones del abogado general Bobek al asunto *bpost*, C-117/20, aps. 132-141.

recibir calificaciones jurídicas muy distintas, podría dar lugar a que una misma persona, por la misma conducta, pudiera ser perseguida en más de un Estado, lo que supondría un importante elemento de disuasión y, por tanto, un obstáculo a la libre circulación. Frente a dicho riesgo, y siguiendo las recomendaciones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer<sup>50</sup>, el TJUE pudo optar razonablemente por desvincular la aplicación del *non bis in idem* de la identidad de intereses jurídicos protegidos.

Sin embargo, esta justificación histórica no permite explicar satisfactoriamente la opción generalizada del TJUE por el «*idem factum*». Por una parte, porque la interpretación del «*idem*» como «*idem factum*» se extendió rápidamente a ámbitos ajenos al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en los que no se afecta a la libre circulación de personas. De hecho, se extendió a todos los ámbitos del derecho de la Unión, salvo el derecho de la competencia. Por otra parte, porque en ninguno de esos ámbitos resulta aplicable el art. 54 CAAS, sino el art. 50 CDFUE, que no se refiere a la identidad de los «hechos» sino de la «infracción».

En realidad, es tal la especialidad del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que cabría pensar que lo más razonable habría sido adoptar la solución justamente inversa a la elegida por el TJUE. Esto es, que el requisito del «*idem*» como «*idem crimen*» se hubiera establecido como la regla general para todos los ámbitos del derecho de la Unión, salvo para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que es en el que pueden encontrarse argumentos que justificasen su interpretación como «*idem factum*»<sup>51</sup>.

Ciertamente, la extensión de la jurisprudencia *Van Esbroeck* a otros ámbitos vino facilitada por la jurisprudencia del TEDH y, en especial, por su sentencia *Zolotukhin c. Rusia*, que nada tenía que ver tampoco con la libre circulación de personas entre Estados. De este modo, tal vez podría justificarse la decisión del TJUE como una manifestación de su intención de alinear su jurisprudencia con la del TEDH. Sin embargo, tampoco esta parece ser una explicación suficiente para justificar la decisión del TJUE.

Por un lado, porque el TJUE ha rechazado que esté obligado a asumir necesariamente las construcciones del TEDH. Como ya afirmó en *Menci*, ap. 23: «Según las Explicaciones relativas al art. 52 de la Carta, el apdo. 3 de ese artículo pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH, “sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”». De hecho, un excesivo seguidismo al TEDH podría estar especialmente contraindicado en relación con este derecho fundamental si se tiene en cuenta que no todos los Estados miembros de la Unión han ratificado

<sup>50</sup> Conclusiones presentadas por el abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer al asunto *Van Esbroeck*, C-436/04, aps. 35-49.

<sup>51</sup> Tal es, justamente, la propuesta que elevó al TJUE el abogado general Bobek en sus conclusiones generales al asunto *bpost*, as. 117/20, ap. 164.

el Protocolo n.º 7 CEDH y que algunos de los que sí lo han ratificado lo han hecho introduciendo algunas reservas o declaraciones interpretativas<sup>52</sup>.

Por otro lado, porque el TJUE, de hecho, se ha separado expresamente de la jurisprudencia del TEDH en materia de *non bis in idem* cuando lo ha considerado oportuno. De este modo, y como vimos, el TJUE no sigue la jurisprudencia del TEDH iniciada con la STEDH *A. y B. c. Noruega* y que dio lugar a una revisión del concepto de «bis» como forma de flexibilizar la aplicación del *non bis in idem*. En su lugar, cuando el TJUE se enfrentó a la necesidad de limitar el alcance del *non bis in idem* optó en su sentencia *Menci* por una solución distinta: explorar las limitaciones al *non bis in idem* a través de la cláusula general del art. 52.1 CDFUE, lo que se ha visto confirmado en *bpost* y *Nordzucker y otros*<sup>53</sup>.

Ante la insuficiencia de estas explicaciones y frente a la parquedad de la motivación del TJUE, tal vez resulte posible encontrar una justificación de por qué el TJUE ha optado por interpretar el requisito del «*idem*» como «*idem factum*» en su concepción procesal, no sustantiva, del derecho fundamental al *non bis in idem*.

## VII. UNA HIPÓTESIS INTERPRETATIVA BASADA EN LA NATURALEZA PROCESAL DEL NON BIS IN IDEM

Como hemos adelantado, para el TJUE (y para el TEDH) el *non bis in idem* es un derecho de carácter procedimental, no sustantivo. Esta aseveración

<sup>52</sup> Así lo advirtió el abogado general Cruz Villalón en sus conclusiones al asunto *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ap. 70. En el mismo sentido, Lo Schiavo (2018: 655).

<sup>53</sup> Turmo (2020: 1351) habla incluso de «nuevo cisma» entre ambos tribunales. Como ha advertido Lo Schiavo (2018: 656-658), el uso que el TJUE realizó de la jurisprudencia del TEDH sobre *non bis in idem* en *Menci* resulta paradójico: en aquellos aspectos en los que la jurisprudencia de ambos tribunales ya era coincidente, el TJUE no citó las sentencias del TEDH, sino sus propios pronunciamientos. Sin embargo, precisamente cuando el TJUE se separaba de la jurisprudencia del TEDH y elaboraba sus propios razonamientos fue cuando citó las sentencias de esta última, tomando de ellas únicamente los elementos, fragmentarios, que le resultaban útiles. Así lo destaca también López Guerra (2019: 24-25).

No está de más explicar que el TEDH no contaba con una cláusula equivalente al art. 52.1 CDFUE que pudiera aplicar al derecho reconocido en el art. 4 del Protocolo n.º 7 CEDH, dado que este se configura como un derecho de naturaleza absoluta al que no resulta de aplicación el art. 15 CEDH, como destacan Martínez Cantón y Pérez Cordón (2020: 78), Barcelona Llop (2020: 220) o Rossi-Maccanico (2021: 267 y 268), y como se afirmó en la STEDH de 13 de junio de 2017, *Šimkus c. Lituania*, rec. 41788/11, ap. 52. Eso explicaría el artificio al que tuvo que recurrir el TEDH, consistente en una reformulación del elemento del «bis», que el TJUE puede y prefiere evitar, según Vetzó (2018: 71-72).

requiere de algunas aclaraciones, pues la jurisprudencia del TJUE contiene frecuentes afirmaciones que parecen apuntar en otra dirección. La propia sentencia *bpost* sostiene que el principio *non bis in idem* «prohíbe la acumulación tanto de procedimientos como de sanciones de carácter penal en el sentido de dicho art. [50 CDFUE] por los mismos hechos contra la misma persona» (ap. 24, cursivas añadidas). De esta forma, el TJUE parece reconocer que el *non bis in idem* se opone tanto al doble enjuiciamiento como a la doble sanción, esto es, que también en el ordenamiento de la Unión tendría un contenido sustantivo-material y otro procedimental-procesal.

Es más, en algunos de sus pronunciamientos, el TJUE pudo dar a entender que el contenido sustantivo-material del *non bis in idem* no solo es una de las manifestaciones posibles de este derecho, sino incluso su contenido característico. Por ejemplo, cuando ha afirmado que «[...] El principio *non bis in idem* prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico»<sup>54</sup>. Otras sentencias, sin embargo, parecían apuntar en otra dirección radicalmente opuesta, identificando el *non bis in idem* con un derecho de contenido predominantemente procesal-procedimental<sup>55</sup>.

En realidad, muchas de estas aparentes contradicciones obedecen a que, desde su mismo origen, esta garantía se basó en la idea, parcialmente correcta, de que impidiendo la tramitación del segundo proceso se conseguiría el resultado de que no hubiera un segundo castigo<sup>56</sup>. De ahí que no sea ilógico que el TJUE admita que esta garantía impide «la acumulación tanto de procedimientos como

<sup>54</sup> STJUE de 25 de febrero de 2021, *Slovak Telekom*, as. C-857/19, ap. 43, en la que se recoge lo expresado en la STJUE de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, as. ac. 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, ap. 338. No parece una casualidad que, en estos pronunciamientos, dictados en materia de derecho de la competencia, se afirme simultáneamente el contenido sustantivo-material del *non bis in idem* (prohibición de doble castigo) y la necesidad de que deba concurrir la identidad de interés jurídico protegido («*idem crimen*»).

<sup>55</sup> STJUE de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM)/Comisión*, as. ac. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, ap. 61. STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ap. 34.

<sup>56</sup> La primera consagración constitucional del *non bis in idem*, que tiene lugar en el siglo XVI-II en Norteamérica, ya respondía a un intento de limitar la creciente y desproporcionada dureza de los castigos previstos en el derecho penal inglés y en el derecho puritano norteamericano a través del derecho procesal. En un momento histórico en el que el ejercicio de la potestad penal ya se encontraba plenamente sometido al derecho procesal, se entendió que un mecanismo que impidiera la tramitación del proceso suponía, en última instancia, la imposibilidad de imponer la pena. J. A. Sigler (1963), «A History of Double Jeopardy», *The American Journal of Legal History*, 7, 4, págs. 283-309 (págs. 302-303).

de sanciones de carácter penal» y que tradicionalmente haya existido una cierta confusión en su jurisprudencia<sup>57</sup>.

Sin embargo, cuando se le ha solicitado que se pronuncie expresamente sobre la naturaleza sustantivo-material o procesal-procedimental del *non bis in idem*, el TJUE no ha dudado en decantarse por esta última y aclarar que la esencia del derecho no radica en la prohibición de doble castigo, sino en la interdicción del doble procedimiento. Por eso mismo el TJUE ha negado que el *non bis in idem* sea aplicable a supuestos en los que se imponen dos o más sanciones, a un mismo infractor y por unos mismos hechos, pero en el seno del mismo procedimiento. Así se afirmó en la STJUE de 3 de abril de 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, as. C-617/17, relativa a una doble sanción impuesta en un mismo procedimiento por una autoridad de la competencia nacional, y en la STJUE de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión*, as. C-10/18 P, relativa a una doble sanción impuesta en un mismo procedimiento por la Comisión Europea.

En definitiva, a los efectos del *non bis in idem*, lo verdaderamente relevante para el ordenamiento de la Unión no es la existencia de dos castigos, sino de dos procesos punitivos. Y esto, tal vez, permite entender la irrelevancia del bien jurídico protegido para la determinación del «*idem*».

En efecto, el interés jurídico protegido es determinante para el carácter retributivo de la sanción, pues con la sanción se pretende castigar el daño causado a un bien jurídico protegido. En consecuencia, si son varios los bienes jurídicos protegidos lesionados, se sigue lógicamente que deberán ser varias las sanciones que se impongan. Y, a la inversa, si el daño ya ha sido retribuido, si ya ha dado lugar a un castigo, ya no estará justificada la imposición de ninguna sanción más. No es posible castigar más de una vez a la misma persona por «un mismo y único reproche punitivo que el ordenamiento jurídico hace sobre un hecho»<sup>58</sup>. Esta segunda situación sería el fundamento de lo que en algunos ordenamientos jurídicos llamamos *non bis in idem* material o sustantivo (*non bis puniri*).

Conviene destacar que se trata de una garantía conceptualmente independiente de las cuestiones procesales-procedimentales. Eso explica que el *non bis in idem* sustantivo-material pueda actuar eficazmente contra el doble castigo incluso cuando exista un único procedimiento. Así ocurrirá en los casos de concursos de normas punitivas y también en los casos en que un mismo hecho es utilizado como elemento del tipo y como circunstancia agravante.

Sin embargo, el fundamento del *non bis in idem* procesal no tiene nada que ver con esto. La tramitación del procedimiento sancionador, a diferencia de la imposición de la sanción, no guarda una relación de causalidad con la lesión del bien jurídico protegido, sino con la necesidad de acreditar la concurrencia

<sup>57</sup> Como recuerda Sarmiento (2016: 108-109), el TJUE comenzó a distinguir entre doble enjuiciamiento y doble castigo, a efectos de su distinto fundamento, ya en la década de 1980, en su STJUE de 18 de noviembre de 1987, *Maizena*, as. 137/85, ap. 21.

<sup>58</sup> Cano Campos (2021: 46).

de determinados hechos y de determinar su calificación jurídica en el seno de un proceso pautado, ritual, en el que se garanticen ciertas formas y derechos a los imputados. Como uno más de esos derechos se incluiría, precisamente, el de no ser sometido más de una vez a un proceso sancionador relativo a los mismos hechos. Esto es, el derecho a que todas las operaciones de determinación de los hechos y de su calificación jurídica se realicen de una vez y para siempre en el seno del mismo procedimiento (*non bis vexari*).

En su manifestación procesal-procedimental, la retribución por la lesión al bien jurídico protegido es irrelevante para entender aplicable el *non bis in idem* y así se ha entendido siempre por la doctrina penal y procesal penal. Eso explica que este principio pueda ofrecer una garantía eficaz incluso cuando dicha retribución no se ha producido, es decir, cuando no ha sido impuesta sanción alguna. Por ejemplo, porque el primer proceso ha terminado con una declaración de absolución<sup>59</sup>. O, por ejemplo, cuando se ha declarado que se cometió una infracción típicamente antijurídica y culpable, pero no puede sancionarse porque hay otros elementos que impiden su castigo, como la prescripción de la infracción o la concurrencia de excusas absolutorias basadas en razones de política criminal<sup>60</sup>. Todo esto abona la tesis de que el *non bis in idem* procesal-procedimental debe sustentarse sobre la identidad de sujeto y hechos, pero no sobre la del fundamento, pues el segundo proceso queda prohibido incluso cuando se oriente a sancionar la misma conducta del sujeto por un ilícito diferente<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> La STJUE de 20 de marzo de 2018, *Di Puma*, as. ac. C-596/16 y C-597/16, ap. 39, confirma que «según el propio tenor del art. 50 de la Carta, la protección que confiere el principio *ne bis in idem* no se limita a la situación en que una persona haya sido objeto de una condena penal, sino que se extiende igualmente a aquella en que esa persona haya sido absuelta definitivamente». Resulta asimismo destacable que la consagración del *non bis in idem* en el art. 8.4 del Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos parezca asumir, justamente, que su presupuesto de aplicación es la existencia de una absolución: «El inculpado *absuelto* por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

<sup>60</sup> Esta situación es, justamente, la que permitiría aplicar el *non bis in idem* a los procedimientos que se refieren a la aplicación de un programa de clemencia, como confirma el TJUE en *Nordzucker y otros*, ap. 66. Cfr., asimismo, la muy sistemática justificación de esta interpretación elaborada por el abogado general Bobek en sus conclusiones al asunto *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, aps. 88-93.

<sup>61</sup> Así lo admite, para el ámbito penal, Alarcón Sotomayor (2008: 176), quien recuerda que esto constituye el genuino *non bis in idem* procesal y que así lo entiende la doctrina procesalista. No obstante, sí estima relevante la diferencia del fundamento jurídico protegido a efectos de afirmar la compatibilidad entre un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador o entre dos procedimientos administrativos sancionadores por los mismos hechos (186-187 y 190-192). Para Alcácer Guirao (2013: 49), este segundo planteamiento resultaría incompatible con la jurisprudencia del TEDH. Y, cabe añadir, la del TJUE.

Lo importante es que haya existido un verdadero proceso, en el que los órganos competentes se hayan pronunciado sobre el fondo del asunto y en el que existiera el riesgo real de que el imputado acabara siendo castigado. Nadie está obligado a correr dos veces ese riesgo y eso es lo que, cabalmente, prohíbe el *non bis in idem* procesal-procedimental<sup>62</sup>. Es más, de acuerdo con la formulación del TJUE y del TEDH, nadie está obligado a correr más de una vez el riesgo de ser castigado por los mismos hechos, *sea cual sea el motivo del castigo*. Esto implica que, cuando se analiza la relevancia sancionadora de una conducta, por los motivos que sean, dicha relevancia debe ser analizada de una vez y para siempre. Y ello con independencia de que se realice en un proceso judicial o un procedimiento administrativo<sup>63</sup>.

Esta exigencia es muy rigurosa y extremadamente difícil de satisfacer, pues requiere unos altísimos niveles de coordinación entre múltiples autoridades sancionadoras<sup>64</sup>. Acaso sea también una exigencia equivocada. Pero desde la perspectiva del ciudadano, que no tiene por qué entender ni soportar las consecuencias de la extrema fragmentación actual del *ius puniendi*, no resulta, en absoluto, absurda. Antes al contrario, recaería más bien sobre los poderes públicos la carga de justificar por qué estiman necesario recurrir a distintos sistemas y autoridades sancionadoras, que van ejerciendo sucesivamente un *ius puniendi* que cabría entender como único, para garantizar, dentro de sus ordenamientos, la protección de sus bienes jurídicos<sup>65</sup>. En el fondo, se trata, una vez más, de evitar que los poderes

---

<sup>62</sup> De hecho, el principio «double jeopardy», con el que se identifica al *non bis in idem* en el derecho angloamericano significa, literalmente, «doble riesgo». Tal y como se recoge en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos: «tampoco se someterá a ninguna persona, por el mismo delito, a dos situaciones de riesgo para su vida o su integridad física» («nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb»).

<sup>63</sup> Sin perjuicio de lo cual, cuando el primer procedimiento punitivo sea de naturaleza judicial, la prohibición de tramitar un nuevo procedimiento punitivo, sea administrativo o penal, parece estar especialmente reforzada, según parece deducirse de *Garlsson y Di Puma*, Vetzto (2018: 76), Luchtman (2018: 1735).

<sup>64</sup> Tempranamente, Aguilera Morales (2006: 529). En el mismo sentido, Luchtman (2018: 1728). De hecho, algunos Estados han acometido ya reformas legislativas para coordinar las actuaciones de sus órganos penales y administrativos. Tal es, señaladamente, el caso de Bulgaria, forzada por las condenas del TEDH, como expone G. Zaharova (2020), «The ECtHR Judgment in Tsonyo Tsonev and Its Influence in Bulgaria», *Eucrium* 4/2020, págs. 344-350 (págs. 347-349), o el caso de Bélgica, que ha acomodado *motu proprio* su sistema sancionador en materia tributaria a las exigencias del TEDH y el TJUE mediante dos reformas legislativas, según desarrolla Desterbeck (2019: 138-140).

<sup>65</sup> Y no es una justificación fácil, pues, como agudamente observó el abogado general Campos Sánchez-Bordona en sus conclusiones al asunto *Menci*, as. C-524/15, ap. 83, en relación con la existencia de un doble sistema diferenciado de sanción por fraude al IVA (penal y administrativo sancionador) en algunos Estados, «que la regulación de los Estados miembros contemple soluciones dispares para este extremo demuestra por sí misma, a mi modo



públicos puedan burlar garantías establecidas a favor de los ciudadanos a través del simple ardid de ejercer su *ius puniendi* mediante órganos administrativos en lugar de mediante órganos judiciales.

En cualquier caso, su afirmación por el TEDH y el TJUE es indudable. Ambos tribunales ven como una anomalía que los Estados utilicen la vía administrativa sancionadora y la vía penal para determinar las consecuencias punitivas derivadas de una misma conducta y abogan, expresamente, por eliminar estos casos<sup>66</sup>. Sin embargo, conscientes de que en muchos ordenamientos se ha optado por un sistema punitivo dual o de doble vía, aceptan que se trata de una decisión que corresponde tomar a cada Estado y admiten que, en ocasiones, esa doble vía sancionadora podría ser compatible con los derechos de los ciudadanos. De ahí, justamente, la necesidad de introducir las matizaciones que hemos visto. Por un lado, el TEDH ha flexibilizado el elemento del «*bis*», admitiendo que, en ocasiones, dos procesos punitivos formalmente independientes, contra el mismo sujeto y por los mismos hechos, pueden considerarse, *de facto*, un único procedimiento. Por otro lado, el TJUE ha admitido posibles excepciones a este derecho de los ciudadanos, cuando esté previsto en la ley, haya razones de interés público que así lo justifiquen y no suponga un gravamen excesivo.

La prohibición del doble enjuiciamiento así entendida solo puede aspirar a ser un derecho real y efectivo, con algún sentido para los ciudadanos, si se vincula a la identidad de sujeto y hechos («*idem factum*»). Lo contrario sería vaciarla de contenido. Y, a la inversa, la prohibición de doble castigo requiere, para tener algún sentido, vincularse a la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos («*idem crimen*»).

En definitiva, frente a la idea de que el *non bis in idem* es un derecho fundamental único, que prohíbe el doble enjuiciamiento y la doble sanción, tal vez sea necesaria una reconsideración y concluir que, en rigor, nos encontramos ante dos derechos fundamentales próximos, pero independientes. Esto permitiría explicar satisfactoriamente por qué la interpretación del requisito del «*idem*» debe ser distinta en cada caso, según hemos expuesto.

También permitiría explicar por qué existen tantas diferencias en el modo en que este derecho se formula en los distintos textos legales, constitucionales e internacionales en los que se consagra<sup>67</sup>, así como, en el específico caso europeo,

---

de ver, lo innecesario de esta limitación. Si realmente fuera imprescindible, con arreglo al art. 52, apdo. 1, de la Carta, lo sería para todos y no solo para algunos de aquellos Estados miembros». En el mismo sentido, Turmo (2020: 1353).

<sup>66</sup> STEDH *A. y B. c. Noruega*, ap. 130. Como reconoce Gómez Tomillo (2020: 433), «parece claro que, en un mundo ideal, debería agotarse la respuesta punitiva del Estado frente a conductas ilícitas en un solo procedimiento, cuya culminación agotase lo injusto del hecho».

<sup>67</sup> Van Bockel (2010: 35-36).

las reticencias de muchos Estados a ratificar el Protocolo n.º 7 CEDH y la formulación de tantas reservas y declaraciones en su ratificación<sup>68</sup>.

También permitiría explicar la existencia de los fundamentos jurídicos distintos que parecen convivir en el *non bis in idem*: el *non bis in idem* procesal-procedimental se vincularía, sobre todo, a la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa integrante del derecho al proceso con todas las garantías, mientras que el *non bis in idem* sustantivo-material entroncaría, además de con la seguridad jurídica, con el principio de proporcionalidad<sup>69</sup>.

También permitiría sostener que los contenidos esenciales de ambos derechos son diferentes, a efectos de lo exigido en la cláusula horizontal del art. 51.2 CDFEU. Esto, a su vez, explicaría por qué el TJUE (y el TEDH) ha aceptado que puedan tramitarse dos procesos punitivos sucesivos por los mismos hechos, mientras que se ha negado a admitir que quepa imponer dos sanciones por los mismos hechos y el mismo fundamento: porque la acumulación de sanciones al mismo sujeto, por los mismos hechos e idéntico fundamento haría irreconocible el derecho<sup>70</sup>.

En otro orden de cosas más pragmático, la identificación del derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por los mismos hechos como un derecho autónomo, de contenido procesal, facilitaría encontrar una base competencial para la

<sup>68</sup> Pérez Manzano (2018: 389).

<sup>69</sup> Pérez Manzano (2018: 385). Tanto Aguilera Morales (2006: 483-484) como Cano Campos (2001: 205-209 y 2021: 47) subrayan, a mi juicio con acierto, que el fundamento del *non bis in idem* material es también y sobre todo la seguridad jurídica, lo que Cano Campos expresa como «la funcionalidad excluyente del principio de legalidad». El TJUE parece insistir, sin embargo, en que su fundamento sería el principio de proporcionalidad, en una línea jurisprudencial que se inicia en la STJUE de 18 de noviembre de 1987, *Maizena*, as. 137/85, ap. 21, y llega hasta la STJUE de 3 de abril de 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, as. C-617/17, ap. 38, y la STJUE de 4 de marzo de 2020, *Marine Harvest/Comisión*, as. C-10/18 P, ap. 85. Abiertamente en contra de este fundamento, J. I. Cubero Marcos (2018), «Las aporías del principio non bis in idem en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista de Administración Pública*, 207, págs. 253-288 (págs. 257 y 287).

<sup>70</sup> STJUE de 27 de mayo de 2014, *Spasic*, as. C-129/14 PPU, ap. 58, y STJUE de 18 de julio de 2007, *Kretzinger*, as. C-288/05, ap. 51. Específicamente sobre el contenido esencial de este derecho, T. Boeckstein, «The Grand Chamber's Judgment in Case C-117/20 *bpost*: Disimproving the Essence of *ne bis in idem*», *European Law Blog*, <https://europeanlawblog.eu/2022/04/14/the-grand-chambers-judgment-in-case-c-117-20-bpost-disimproving-the-essence-of-ne-bis-in-idem/> [última consulta: 31/05/2022]. También para Cano Campos (2001: 200), «así como la prohibición de doble sanción constituye una regla que no admite excepciones, la sumisión a un doble enjuiciamiento constituye una prohibición que no es absoluta [...], debiendo ceder en algunos supuestos».

Unión sobre la que podría regular el contenido y aplicación del *non bis in idem* procesal con carácter horizontal y no solo sectorial<sup>71</sup>.

## VIII. CONCLUSIÓN: *GLISSEZ, MORTELS, ENCORE UNE FOIS*

No hay que tener miedo a la revisión de los conceptos doctrinales, por sólidos y venerables que puedan parecer. Si lo anterior es cierto con carácter general, parece especialmente acertado en el caso del *non bis in idem*, cuyo contenido, finalidad y estructura normativa no han estado nunca claros del todo.

El TJUE, en abierto diálogo con el TEDH, está intentando desarrollar una jurisprudencia coherente que permita dotar de sentido y utilidad a este principio, cuyo último eslabón viene constituido por las dos SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20. Para ayudar en esa tarea, podrían resultar de ayuda dos actuaciones jurídicas distintas.

En primer lugar, podría ser conveniente deslindar claramente el *non bis in idem* sustantivo-material (*ne bis puniri*) y el *non bis in idem* procesal-procedimental (*ne bis vexari*), e incluso considerar la conveniencia de reservar la denominación *non bis in idem* exclusivamente para el segundo de ellos. Esto permitiría establecer con mayor precisión, para cada uno de ellos, cuáles son los requisitos que deben cumplirse para su aplicación y cuáles son sus respectivos contenidos esenciales, sus objetivos y sus fundamentos. Este planteamiento dogmático, de hecho, permite dotar de mayor sentido y coherencia y entender mejor la actual jurisprudencia del TJUE.

En segundo lugar, podría ser igualmente conveniente reconsiderar la aplicación del *non bis in idem* a procedimientos punitivos tramitados o a sanciones impuestas por autoridades pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos. La experiencia de otros sistemas, como el de Estados Unidos, permite sostener que sería posible conseguir un altísimo grado de integración política y jurídica respetando, al mismo tiempo, la autonomía sancionadora de los Estados miembros y de la Unión. Asimismo, desde una perspectiva práctica, cabría aspirar a que dentro de un mismo ordenamiento se puedan establecer mecanismos reales y efectivos de coordinación entre autoridades sancionadoras, de modo que estas cuenten con pautas relativamente claras que ordenen su actuación cuando pretendan tramitar procedimientos contra un mismo sujeto por unos mismos hechos. Pero

---

<sup>71</sup> Como indica Satzger (2020: 217), dicha base se encontraría en el art. 82.1.a) TFUE, que permite al Parlamento Europeo y al Consejo adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, «normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y las resoluciones judiciales en todas sus formas». Un análisis de algunas propuestas tempranas, y algo incompletas, para regular la aplicación del *non bis in idem* en el ordenamiento de la Unión en Aguilera Morales (2006: 516-527).

esta aspiración, por sí sola muy complicada en un escenario intraordinamental, deviene prácticamente irrealizable en una situación interordinamental.

Los riesgos de no actuar y de no separar claramente los derechos que se cobijan bajo el nombre *non bis in idem* no son menores. Por un lado, se perpetuarán toda una serie de distorsiones interpretativas que podrían evitarse y que podrían acabar haciendo que este derecho se volviera obsoleto<sup>72</sup>. Por otro, se podría acabar cuestionando la propia esencia de derecho fundamental de una garantía que carece de un núcleo mínimo de comprensión común y universal<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Sigler (1963: 309).

<sup>73</sup> Pérez Manzano (2018: 390).