

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE LA ACUMULACIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES¹

THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE *NE BIS IN IDEM* IN THE LATEST ECJ'S CASE-LAW ON CUMULATIVE IMPOSITION OF ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL SANCTIONS

Alejandro HERNÁNDEZ LÓPEZ
Universidad de Valladolid

Resumen: La jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación y el alcance de la vertiente nacional del principio *ne bis in idem* aplicado a la imposición y acumulación de sanciones administrativas y penales ha experimentado grandes cambios recientemente. En el asunto *Menci*, el Tribunal de Luxemburgo ha revisado y adaptado su jurisprudencia sobre el art. 50 CDFUE de acuerdo con la nueva interpretación de los límites de este principio realizada por la jurisprudencia del TEDH. La presente aportación tiene como objetivo analizar los detalles más relevantes de la cuestión prejudicial, reflexionando sobre los motivos y posibles consecuencias que la nueva interpretación más restrictiva del principio podría conllevar a nivel europeo.

Palabras clave: *ne bis in idem*, art. 50 CDFUE, art. 4 Protocolo nº 7 CEDH, TJUE, TEDH, IVA

Abstract: The ECJ's case-law on the interpretation and scope of the national dimension of the principle *ne bis in idem* applied to cumulative imposition of administrative and criminal sanctions has experienced major changes recently. In *Menci*, the Luxembourg Court has overruled its previous case-law regarding art. 50 CFREU in accordance with the new case-law of the ECtHR on the same matter. This paper aims to analyze the context and the most relevant details of the preliminary ruling, reflecting on the possible consequences that the new, more restrictive interpretation of the principle could entail at the European level.

Key words: *ne bis in idem*, art. 50 CFREU, art. 4 Protocol nº 7 ECHR, ECJ, ECtHR, VAT

Sumario: 1. Introducción: Las diferentes interpretaciones del principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJUE. 2. Antecedentes: la jurisprudencia europea sobre la aplicación del principio en la acumulación de sanciones administrativas y penales hasta el asunto *Menci*. 2.1 *La jurisprudencia del TEDH sobre el art. 4 Protocolo nº 7 CEDH*. 2.2 *La jurisprudencia del TJUE sobre el art. 50 CDFUE aplicado a la acumulación de sanciones administrativas y penales*. 3. El asunto *Menci*. 3.1 *Antecedentes de la cuestión prejudicial*. 3.2 *Sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión: la sombra de la STEDH A y B c. Noruega*. 3.3 *Conclusiones del Abogado General: ante la encrucijada, tres posibles caminos*. 3.4 *La respuesta de la Gran Sala: hacia la limitación del derecho fundamental al *ne bis in idem**. 4. Reflexiones sobre la nueva jurisprudencia del TJUE tras *Menci*. 4.1 *Un *ne bis in idem* descafeinado y a gusto de todos los Estados Miembros*. 4.2 *Asuntos Garlsson, Di Puma y Zecca ¿razones para el optimismo?* 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos de investigación “Garantías procesales de investigados y acusados: la necesidad de armonización y fortalecimiento en el ámbito UE” (MINECO, ref. DER 2016-78096-P) y “Sociedades seguras y garantías procesales: el necesario equilibrio” (JCYL, ref. VAI35G18).

1. Introducción: Las diferentes interpretaciones del principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJUE

El principio *ne bis in idem*, entendido como aquel principio que prohíbe la doble persecución criminal y condena de una misma persona por unos mismos hechos punibles, puede considerarse en la actualidad como uno de los principios básicos de aplicación y de garantía del individuo en cualquier sistema de justicia penal moderno. La finalidad de este principio es servir como derecho fundamental y garantía del individuo, impidiendo, en su concepción más amplia, la múltiple persecución y la imposición de un múltiple castigo penal a un mismo sujeto por los mismos hechos, al mismo tiempo que garantiza el respeto al principio de seguridad jurídica como manifestación del efecto material de la cosa juzgada. Consecuentemente, se encuentra ampliamente reconocido por los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto por normas de rango constitucional, como por el derecho positivo procesal y sustantivo². Además, forma parte del catálogo de derechos reconocidos en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como el PIDCP³, la CADH (Pacto de San José)⁴ y el CEDH⁵

Tomando como referencia estos preceptos, podemos identificar al menos dos vertientes diferenciadas del principio. Por un lado, tenemos la aplicación del *ne bis in idem* a situaciones estrictamente domésticas o, en otras palabras, la prohibición de la doble persecución y castigo de la misma persona por unos mismos hechos criminales en procedimientos penales seguidos en una misma jurisdicción (vertiente nacional del principio). Esta vertiente nacional o clásica del principio se identifica con el alcance que consagran todos los instrumentos de derecho internacional, incluido el art.4 Protocolo nº 7 CEDH, y la mayor parte de las previsiones reconocidas por los ordenamientos jurídicos nacionales. Por otro lado, se puede plantear la posible aplicación transfronteriza del principio en las relaciones horizontales entre autoridades nacionales de diferentes Estados, extendiendo la prohibición de doble persecución y condena también a procesos y/o condenadas seguidos o dictadas en diferentes jurisdicciones (vertiente transnacional del principio). Esta última vertiente o transnacional del principio, cuyo reconocimiento y aplicación por parte de los Estados se trata de una realidad mucho más reciente, limitada y problemática, encuentra su máximo desarrollo en la construcción del principio *ne bis in idem* como derecho fundamental de la

² Así sucede respectivamente en países de nuestro entorno como Alemania —§103 (3) *Grundgesetz*—, Francia —art. 6 *Code de Procedure Pénale*— o Países Bajos —§68 *Wetboek van Strafrecht*—. En el caso español, aunque no se incluye expresamente entre el catálogo de derechos fundamentales recogido en la sección 1ª del Capítulo II del Título I de Constitución de 1978 (CE), el TC ha reconocido su vigencia en España como una de las múltiples manifestaciones del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE. Además, se encuentra reconocido en otras partes de nuestro ordenamiento jurídico (v.g. art. 23.2 LOPJ).

³ Art. 14.7 PIDCP: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"

⁴ Art. 8.2 CADH: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"

⁵ Art. 4 Protocolo nº7 CEDH: "Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado"

Unión a raíz de la jurisprudencia del TJUE sobre el art. 54 CAAS y el art. 50 CDFUE⁶.

Siguiendo esta distinción entre la vertiente nacional y transnacional del principio, el propio TJUE ha desarrollado diferentes interpretaciones jurisprudenciales, con notables matices respecto a los elementos y límites del principio y derecho fundamental, en función de la materia objeto de examen. Así pues, contamos en la actualidad con un cuerpo jurisprudencial dedicado a la acumulación de sanciones europeas y nacionales relacionadas con el derecho de la competencia⁷; un núcleo jurisprudencial dedicado a la aplicación transnacional del principio en relación con la acumulación de causas y condenas penales en diferentes jurisdicciones de los Estados miembros⁸; un tercer cuerpo jurisprudencial dedicado a la aplicación de la vertiente nacional del *ne bis in idem* en relación con la múltiple persecución y condena en una misma jurisdicción de unos mismos hechos punibles, centrada en la problemática acumulación de procedimientos y sanciones en vía administrativa y en vía penal. El presente trabajo se centrará en analizar los avances más recientes en esta línea jurisprudencial desarrollada por el TJUE tras los cambios trascendentales introducidos por sus últimas decisiones prejudiciales relacionadas con esta materia.

2. Antecedentes: la jurisprudencia europea sobre la aplicación del principio en la acumulación de sanciones administrativas y penales hasta el asunto *Menci*

2.1 La jurisprudencia del TEDH sobre el art. 4 Protocolo nº 7 CEDH

La jurisprudencia del TEDH sobre el art. 4 Protocolo nº 7 CEDH — precepto que solo abarca la vertiente nacional del principio— ha venido delimitando progresivamente el alcance y los elementos que integran el principio *ne bis in idem*, exigiendo la concurrencia de cuatro elementos: identidad de sujeto,

⁶ Sobre esta cuestión, Vervaele, J.A.E. (2013): “Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”. *Utrecht Law Review*, Vol. 4, issue 3, 211-219.

⁷ Cfr. SSTJUE asuntos *Walt Wilhelm y otros c. Bundeskartellamt*, C-14/68, de 13 de febrero de 1969 (ECLI:EU:C:1969:4); *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, de 7 de enero de 2004 (ECLI:EU:C:2004:6); *Showa Denko KK*, C-289/04 P, de 29 de junio de 2006 (ECLI:EU:C:2006:431); *Toshiba Corporation y otros*, C-17/10, de 14 de febrero de 2012 (ECLI: EU:C:2012:72).

⁸ Cfr. SSTJUE asuntos *Gözütök y Brügge*, C-187/01 y C-385/01, de 11 de febrero de 2003 (ECLI: EU:C:2003:87); *Miraglia*, C-469/03, de 10 de marzo de 2005 (ECLI: EU:C:2005:156); *Van Esbroeck*, C-436/04, de 9 de marzo de 2006 (ECLI: EU:C:2006:165); *Gasparini*, C-467/04, de 28 de septiembre de 2006 (ECLI:EU:C:2006:610); *Van Straaten*, C-150/05, de 28 de septiembre de 2006 (ECLI: EU:C:2006:614); *Kretzinger*, C-288/05, de 18 de julio de 2007 (ECLI: EU:C:2007:441); *Kraaijenbrink*, C-367/05, de 18 de julio de 2007 (ECLI:EU:C:2007:444); *Bourquain*, C-297/07, de 11 de diciembre de 2008 (ECLI: EU:C:2008:708); *Turansky*, C-491/07, de 22 de diciembre de 2008 (ECLI:EU:C:2008:768); *Mantello*, C-261/09, de 16 de noviembre de 2010 (ECLI: EU:C:2010:683); *Baláz*, C-60/12, de 14 de noviembre de 2013 (ECLI: EU:C:2013:733); *M*, C-398/12, de 5 de junio de 2014 (ECLI: EU:C:2014:1057); *Spasic*, C-129/14, de 27 de mayo de 2014 (ECLI: EU:C:2014:586); *Kossowski*, C-486/14, de 29 de junio de 2016 (ECLI:EU:C:2016:483).

identidad de hechos (elemento *idem*), duplicidad de sanciones (elemento *bis*) y la firmeza de, al menos, una de ellas.

Centrando nuestra atención en la interpretación de los elementos del principio más problemáticos (*idem* y *bis*), la jurisprudencia del TEDH avanzó ostensiblemente hacia una interpretación homogénea del elemento *idem* tras la STEDH *Zolotoukhin c. Rusia*⁹. En dicha sentencia, ampliamente influenciada por la jurisprudencia del TJUE sobre la vertiente transnacional del principio del art. 54 CAAS¹⁰, el Tribunal de Estrasburgo optó por adoptar la interpretación del elemento “*idem*” como “*idem factum*” (mismos hechos), en detrimento de la interpretación excesivamente formalista “*idem crimen*” (mismo crimen), acabando así con la dispar aplicación de criterios exegéticos que marcó su anterior jurisprudencia¹¹. Tras *Zolotoukhin*, la interpretación del elemento “*idem*” como “*idem factum*” se ha mantenido en las sucesivas sentencias del TEDH sobre esta materia¹².

Más problemática sigue siendo a día de hoy la determinación de la concurrencia del elemento “*bis*”. Respecto a este elemento del principio, la doctrina del TEDH ha venido delimitando en qué supuestos debe considerarse que existe una doble condena o doble incriminación contrarias al derecho del individuo que reconoce el art. 4 Protocolo nº7 CEDH. Para ello, el Tribunal de Estrasburgo orientó históricamente su análisis de la cuestión a determinar si la sanción formalmente administrativa aplicada al caso concreto debía ser o no ser considerada de naturaleza sustancialmente penal, tras aplicar a la sanción los criterios o “test” de proporcionalidad de la medida instaurados por la trascendental STEDH *Engel*¹³. Si, tras aplicar dichos criterios, la Sala apreciaba que la sanción formalmente administrativa poseía en realidad naturaleza penal, se consideraba cumplida la concurrencia del elemento “*bis*” y, por lo tanto, existía una vulneración del principio *ne bis in idem*.

Sin embargo, esta línea jurisprudencial del TEDH sobre el elemento “*bis*” que parecía pacífica¹⁴, cambia radicalmente tras la STEDH *A y B c. Noruega*. En dicha sentencia, relacionada con la acumulación de sanciones por impago del IVA, la Gran Sala realiza un giro copernicano sobre la interpretación de la

⁹ STEDH *Zolotoukhin c. Rusia*, de 10 de febrero de 2009 (ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903)

¹⁰ Cfr. las referencias a la jurisprudencia del TJUE recogidas en la STEDH *Zolotoukhin c. Rusia (cit.)*, §33-38 y 79.

¹¹ Una síntesis de los diferentes criterios utilizados por el TEDH hasta ese momento puede observarse en STEDH *Zolotoukhin c. Rusia (cit.)*, §71-77.

¹² Cfr. *Ruotsalainen c. Finlandia*, de 16 de junio de 2009, (ECLI:CE:ECHR:2009:0616JUD001307903); *Maresti c. Croacia*, de 25 de junio de 2009 (ECLI:CE:ECHR:2009:0625JUD005575907).

¹³ Cfr. STEDH *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976 (ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071), §89.

¹⁴ Cfr. STEDH *Grande Stevens y otros c. Italia*, de 4 de marzo de 2014 (ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903), §94 *et seq.*, en la que el TEDH apreció una violación del art. 4 Protocolo nº7 y declaró inválida, al mismo tiempo, la reserva efectuada por Italia sobre ese mismo artículo por ser contraria a las exigencias del art. 57 CEDH. Sobre esta cuestión y sus efectos en el ordenamiento jurídico italiano, *vid.* De Amicis, G. (2014): “Ne bis in idem e ‘doppio binario’ sanzionario: prime riflessioni sugli effetti della sentenza ‘Grande Stevens’ nell’ordinamento italiano”. *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, nº 3-4, 201-218; Vigano, F. (2014): “Doppio binario sanzionario e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’Art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu)”. *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, nº 3-4, 219-238.

extensión y los límites de este principio, precisamente en relación con la concurrencia del elemento “bis”, al admitir la posibilidad de que éste pueda verse respetado aun cuando ambas sanciones —administrativa sancionadora y penal *stricto sensu*— puedan ser consideradas, sustancialmente, de carácter penal. Así pues, en aquellos casos en los que exista acumulación de sanciones, el carácter o no penal de la sanción administrativa ya no debe ser considerado, por sí mismo, motivo suficiente para entender vulnerado el principio *ne bis in idem*. Por el contrario, la nueva doctrina del TEDH interpreta que no existirá concurrencia del elemento “bis” en la acumulación de procedimientos administrativos de naturaleza penal y penales *stricto sensu* si, dice el Tribunal, entre los diferentes procedimientos existen vínculos materiales y temporales lo suficientemente estrechos¹⁵, solución que ya había sido explorada por secciones del TEDH en algunas de sus decisiones más recientes sobre diferentes materias¹⁶.

Para determinar si existe un vínculo material suficiente, el TEDH establece que hay que examinar el supuesto concreto en atención a una serie de factores¹⁷: en primer lugar, si los procedimientos tienen finalidades complementarias y responden a diferentes aspectos de la conducta antisocial; en segundo lugar, si la dualidad de procedimientos es una consecuencia previsible, tanto en la ley como en la práctica, de la misma conducta (*idem factum*) impugnada; en tercer lugar, si los procedimientos se llevan a cabo de un modo que eviten cualquier duplicidad tanto en la obtención como en la valoración de la prueba, a través de una adecuada interacción entre las autoridades competentes, que permita que el relato de hechos en un procedimiento pueda usarse a su vez en el otro procedimiento. En cuarto lugar, y como criterio preponderante, se debe examinar si la sanción impuesta en el procedimiento declarado firme —en los presentes casos, el procedimiento administrativo sancionador— se toma en consideración para la imposición de la sanción en el otro procedimiento, de tal manera que se asegure que el total de las sanciones impuestas al sujeto condenado no resulte desproporcionado respecto a la conducta antisocial que con ellas se quiere prevenir y castigar.

Para determinar si existe un vínculo temporal suficiente, el contenido del pronunciamiento del TEDH en *A y B c. Noruega* resulta, lamentablemente, mucho más impreciso. Si bien descarta que la apreciación de un vínculo temporal suficiente deba identificarse necesariamente con aquellas situaciones en las que ambos procedimientos se desarrollan de manera simultánea o paralela, admitiendo que también puede existir este vínculo en procedimientos desarrollados de manera sucesiva, no establece, en ningún caso, un límite temporal de carácter objetivo. Sobre este extremo, el Tribunal de Estrasburgo se limita a reconocer que será difícil para el Estado demandado probar que se respeta este vínculo cuanto más amplio sea el desfase temporal entre ambos procedimientos, señalando como pauta que la conexión temporal entre ambos debe ser, en todo caso, lo suficientemente

¹⁵ STEDH *A y B c. Noruega*, de 15 de noviembre de 2016 (ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011), §130 y ss.

¹⁶ Cfr. S TEDH *Rivard c. Suiza*, de 4 de octubre de 2016 (ECLI:CE:ECHR:2016:1004JUD002156312); *Lucky c. Suecia*, de 27 de noviembre de 2014 (ECLI:CE:ECHR:2014:1127JUD000735610), §58 a 64.

¹⁷ STEDH *A y B. c. Noruega (cit.)*, §132.

próxima como para evitar exponer al individuo a situaciones de inseguridad y dilaciones indebidas¹⁸.

La revolución que supone la Sentencia *A y B c. Noruega* en esta materia radica en que, tras ella, la Gran Sala de Estrasburgo adopta como doctrina que el alcance del principio y derecho del individuo al *ne bis in idem* aplicado a la acumulación de sanciones de naturaleza penal puede verse limitado si concurren los dos requisitos de conexión —material y temporal— anteriormente descritos. En esencia, a través de esta sentencia, el TEDH rechaza su jurisprudencia anterior sobre la apreciación de la concurrencia del elemento “*bis*”, al declarar compatible con el art. 4 Protocolo nº 7 CEDH la imposición de una dualidad de sanciones sustancialmente penales, interpretación claramente contraria para los intereses y derechos del individuo. No en vano, la propia STEDH incluye un exhaustivo —y durísimo— voto particular disidente rubricado por el magistrado portugués Pinto de Albuquerque, en el que critica profundamente la decisión de la mayoría por haber realizado una interpretación tan restrictiva del derecho individual e inalienable del individuo al *ne bis in idem*, advirtiendo de que la decisión adoptada en *A y B c. Noruega* no hubiese sido acordada por la Gran Sala que juzgó *Zolokouthin c. Rusia*, y que esta nueva interpretación causaría irremediabilmente un nuevo cisma en la relación de colaboración entre el TEDH y el TJUE, en el que, desafortunadamente, Estrasburgo estaba tomando la senda equivocada¹⁹.

2.2 La jurisprudencia del TJUE sobre el art. 50 CDFUE aplicado a la acumulación de sanciones administrativas y penales

Con anterioridad a *Menci*, el TJUE había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta misma materia en una sentencia clave para el Derecho de la Unión como es la respuesta del Tribunal en el asunto *Åkerberg Fransson*²⁰.

¹⁸ Ciertamente, la configuración de este criterio temporal resulta criticable en términos de seguridad jurídica, lo que se puede apreciar en la manera en la que la propia sentencia aborda individualmente el estudio de la conexión temporal de los dos procedimientos nacionales —A y B— sometidos a su examen. En el caso de A, la diferencia temporal entre la firmeza de la primera sanción y la segunda condena fue de tan solo dos meses y medio, mientras que, en el caso de B, esta diferencia temporal se prolongó hasta los nueve meses —si bien es verdad que, en este caso, parte del retraso se pudo achacar a que el acusado revocó su confesión inicial, provocando una nueva acusación y la fijación y celebración de un nuevo juicio (Cfr. STEDH *A y B c. Noruega* (cit.), §39 y 151)—, estimando el TEDH en ambos casos que no hubo violación del art. 4 Protocolo nº7 CEDH.

¹⁹ Las palabras utilizadas por Pinto de Albuquerque para expresar su desacuerdo son tajantes: “*The progressive and mutual collaboration between the two European courts will evidently once again be deeply disturbed, Strasbourg going the wrong way and Luxembourg going the right way*” (vid. voto particular a la STEDH *A y B c. Noruega* (cit.), §80).

²⁰ STJUE asunto *Åkerberg Fransson*, C-617/10, de 26 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:105). Sobre sus implicaciones para el Derecho de la Unión, vid. Van Bockel, B. y Wattel, P. (2013): “New Wine into Old Wineskins: The scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after *Åkerberg Fransson*”. *European Law Review*, vol. 38, issue 6, 866-883. La respuesta del Tribunal a este asunto fue publicada simultáneamente junto con la trascendental STJUE asunto *Melloni*, C-399/11, de 26 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:107). Para un análisis de los efectos de esta última, vid. Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. y Ripoll Carulla, S. (2013): “La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)”. *Revista española de derecho europeo*, nº 46, 151-197.

De manera preliminar, hay que señalar que la simple competencia del Tribunal de Luxemburgo para examinar este asunto fue un presupuesto ampliamente discutido. Alegaron la falta de competencia cinco Estados miembros, la Comisión Europea e, incluso, el Abogado General a la hora de defender sus conclusiones²¹. La oposición de todos ellos se fundamentaba, en síntesis, en que la materia sobre la que versaba el procedimiento principal —recaudación del IVA—, no podía entenderse como una situación en la que se aplicara Derecho de la Unión, tal y como requiere el art. 51.1 CDFUE, y, por lo tanto, el Tribunal de Luxemburgo no podía pronunciarse sobre la aplicación del art. 50 CDFUE cuando los derechos reconocidos por ésta no eran aplicables en este caso. El TJUE, lejos de asumir la tesis defendida por el Abogado General, reafirmó su competencia para conocer de este asunto²², al entender que las sanciones previstas para el impago del IVA en Suecia constituyen la aplicación de la Directiva relativa al sistema común del IVA y, en última instancia, una consecuencia del deber de todos los Estados miembros de luchar contra las actividades ilegales que afecten a los intereses de la Unión impuesta por el art. 325 TFUE.

Al margen de la polémica sobre la competencia del TJUE en este ámbito, lo que nos interesa especialmente de esta sentencia para el objeto del presente estudio es que, en ella, la Gran Sala declaró que los Estados miembros disponen de total libertad para decidir aplicar un sistema de protección de los intereses financieros —en este caso, aplicado a la recaudación del IVA— que combine la imposición de sanciones administrativas y penales para el castigo de unos mismos hechos punibles²³. Ahora bien, la utilización de esta doble vía punitiva solo se consideraría compatible con el principio *ne bis in idem* reconocido por el Derecho de la Unión siempre y cuando la sanción impuesta formalmente por vía administrativa no pudiera ser considerada, materialmente, de naturaleza penal.

Para determinar si una sanción formalmente administrativa posee realmente carácter penal, el TJUE encomendó al órgano *a quo* la tarea de realizar un examen de adecuación y proporcionalidad de dicha sanción, claramente inspirado en los criterios fijados por la trascendental STEDH *Engel* ya citados —a pesar de que no se haga ninguna referencia a ella en toda la sentencia²⁴—. En consecuencia, debería tener en cuenta la calificación jurídica de la infracción conforme a su Derecho interno, la propia naturaleza de la infracción y la naturaleza y gravedad de la sanción que puede imponerse al individuo²⁵. Realizado este examen, de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Luxemburgo, coincidente en esencia con la realizada por el TEDH del art. 4 Protocolo n° 7 CEDH hasta ese momento, sería contraria al derecho fundamental de la Unión

²¹ *Vid.* Conclusiones AG en el asunto *Åkerberg Fransson*, de 12 de junio de 2012 (ECLI:EU:C:2012:340), apartados 22-65.

²² *Cfr.* STJUE asunto *Åkerberg Fransson (cit.)*, apartados 16-31.

²³ *Cfr. ibidem*, apartado 34 y fallo.

²⁴ No obstante, sí aparece referenciada en las Conclusiones del Abogado General sobre este mismo asunto. (*vid.* apartados 76 y 90 Conclusiones AG en el asunto *Åkerberg Fransson (cit.)*), así como también se citó expresamente tanto en las Conclusiones AG como en la STJUE en el asunto *Bonda* a la hora de determinar el carácter no penal de una sanción administrativa contemplada en el derecho de la Unión (*vid.* Conclusiones AG en el asunto *Bonda*, de 15 de diciembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:845), apartados 46-71; *cfr.* STJUE asunto *Bonda*, C-489/10, de 5 de junio de 2012 (ECLI:EU:C:2012:319), apartados 37-45).

²⁵ *Cfr.* STJUE asunto *Åkerberg Fransson (cit.)*, apartados 35 – 37, que no es más que una reiteración de los criterios ya utilizados en la STJUE asunto *Bonda (cit.)*, apartados 37 – 45.

reconocido en el art. 50 de la Carta la imposición a un mismo sujeto de una condena penal tras haberle sido impuesta una sanción administrativa firme de naturaleza penal por los mismos hechos.

3. El asunto Menci

3.1. Antecedentes de la cuestión prejudicial

El reenvío prejudicial tiene como origen un caso de impago del importe del IVA anual por parte de un nacional italiano que operaba a través de una sociedad unipersonal radicada en Italia. Por estos hechos, se siguió contra él un procedimiento administrativo de carácter sancionador que resultó en la declaración de la existencia y comisión de una infracción fiscal, por lo que la autoridad tributaria italiana le exigió al Sr. Menci el pago del montante del IVA que no había sido oportunamente ingresado, imponiéndole además una sanción que ascendía al 30% del total de la deuda tributaria. Dicha sanción fue declarada firme, y tanto la deuda tributaria como la sanción administrativa comenzaron a ser abonadas periódicamente por el sancionado tras haber aceptado la administración el fraccionamiento de la deuda.

Transcurrido un año desde la conclusión del procedimiento administrativo sancionador, y siendo firme la sanción en él impuesta, la *Procura della Repubblica* decide instar la apertura de un proceso penal contra esta misma persona por los mismos hechos, al entender que el volumen del impago del IVA —que ascendía a 282.495,76€— podía ser constitutivo, a su vez, de un delito conforme al derecho penal sustantivo italiano²⁶. En este sentido, hay que señalar que el derecho italiano utiliza un sistema punitivo de doble vía para castigar el impago del IVA, de tal manera que, conforme a lo dispuesto en su ley nacional, es perfectamente admisible la tramitación simultánea y paralela de un procedimiento administrativo de carácter sancionador y de un proceso estrictamente penal por los mismos hechos. Además, no es preceptiva la suspensión del procedimiento administrativo una vez incoado el procedimiento penal, ni tampoco prohíbe la apertura de un nuevo procedimiento penal una vez finalizado un procedimiento administrativo contra la misma persona y por los mismos hechos, como sucedió en el presente caso.

Considerando los hechos sucintamente relatados, es razonable interpretar que, entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal pendiente ante el órgano jurisdiccional penal italiano, puede apreciarse identidad en sujeto, hechos y fundamento, y que ello puede llevar, en última instancia, a una acumulación de sanciones contra la misma persona derivadas de los mismos hechos o, lo que es lo mismo, a una potencial vulneración del principio *ne bis in idem* protegido por el art. 50 de la Carta. En esta tesitura, el *Tribunale di*

²⁶ Considerado un delito de *omesso versamento di IVA*, al superar la cantidad de 250.000€ por periodo impositivo establecida en el Art. 10 ter del *Decreto legislativo 10 marzo 2000, n° 74, Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205.* (GU n° 76 de 31 de marzo de 2000).

Bergamo decidió suspender el procedimiento penal en curso y plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial del art. 267 TFUE en los términos siguientes²⁷:

“¿Se opone el artículo 50 [de la Carta], interpretado a la luz del artículo 4 del Protocolo n.º 7 [al CEDH] y de la [...] jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [relativa a dicho artículo], a la posibilidad de tramitar un proceso penal que tenga por objeto un hecho (impago del IVA) por el cual se haya impuesto a la persona imputada una sanción administrativa irrevocable?”

3.2. *Sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión: la sombra de la STEDH A y B c. Noruega*

Conforme a los antecedentes anteriormente expuestos, podría parecer, *a priori*, que la cuestión prejudicial planteada por la autoridad nacional italiana no debía haber tenido mayor incidencia, puesto que el TJUE ya había tenido oportunidad de pronunciarse anteriormente sobre esta misma cuestión²⁸. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo mantenida hasta ese momento y que, en esencia, coincidía con la mantenida por el TEDH hasta la STEDH *A y B c. Noruega*, la respuesta a esta cuestión podría haberse limitado a analizar si la sanción de carácter administrativo impuesta al Sr. Menci debía o no ser considerada una sanción de naturaleza penal conforme a los criterios derivados de *Engel* y establecidos por la jurisprudencia del TJUE. Si, tras aplicar dichos criterios al caso concreto, el órgano de reenvío determinaba que la sanción administrativa debía considerarse de naturaleza penal, el mantenimiento de un proceso penal dirigido contra la misma persona por los mismos hechos constituiría automáticamente una violación del principio *ne bis in idem* del art. 50 de la Carta.

Bajo esta premisa, el presente asunto se acumuló inicialmente a los asuntos acumulados *Orsi y Baldetti*²⁹. Sin embargo, durante la tramitación de la presente cuestión prejudicial, y solo dos días antes de que se presentasen en audiencia pública las conclusiones del Abogado General, el TEDH publicó su decisión sobre el asunto *A y B c. Noruega*. Este hecho provocó que la Sala Cuarta del TJUE, que inicialmente tenía atribuida la resolución del asunto *Menci*, procediese a desvincularlo del asunto *Orsi y Baldetti* y solicitase, a mi juicio con muy buen criterio, su remisión a la Gran Sala³⁰.

El Tribunal de Luxemburgo tenía ante sí la oportunidad y la difícil tarea de determinar de qué manera la nueva interpretación del principio *ne bis in idem* en su aplicación a la acumulación de sanciones administrativas y penales realizada por Estrasburgo podía influir en la interpretación del alcance del derecho fundamental de la Unión reconocido en el art. 50 CDFUE, habida cuenta de que el art. 52.3 de la misma consagra que el sentido y alcance de los derechos

²⁷ Cfr. *Ordinanza Tribunale di Bergamo* N 4967/14 RG NR – 872/15 RG Trib, de 16 de septiembre de 2015.

²⁸ Cfr. SSTJUE asunto *Bonda (cit.)*, asunto *Åkerberg Fransson (cit.)*; asuntos acumulados *Orsi y Baldetti*, C-217/15 y C-350/15, de 5 de abril de 2017 (ECLI: EU:C:2017:264).

²⁹ Que derivó en la STJUE *Orsi y Baldetti (cit.)*, cuya trascendencia para el Derecho de la Unión radica en haber delimitado, en sentido negativo, el elemento *idem personae* del principio, negando su concurrencia en aquellos supuestos en los que la sanción se impone sucesivamente a una persona jurídica y a una persona física que actúa como representante legal de la misma.

³⁰ Cfr. ATJUE, de 25 de enero de 2017 (ECLI:EU:C:2017:64), apartados 3 – 6.

reconocidos en la Carta y que se correspondan con derechos reconocidos por el CEDH debe ser equivalente.

3.3. Conclusiones del Abogado General: ante la encrucijada, tres posibles caminos

Las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona resultan especialmente útiles para entender la difícil situación en la que se encontraba el Tribunal de Luxemburgo a la hora de dar una respuesta a este reenvío prejudicial. Prescindiendo del análisis de la jurisprudencia del TJUE y la correlativa del TEDH que realiza a lo largo de sus conclusiones³¹ y que ya hemos tratado con anterioridad en este mismo trabajo, centraremos nuestra atención en las diferentes alternativas y la respuesta propuestas por el Abogado General al TJUE para esta cuestión³².

En este sentido, dictaminó que la Gran Sala podía optar por utilizar tres soluciones alternativas, que se pueden resumir en tres tesis principales:

1) Acatar sin más la nueva interpretación *pro auctoritate* del principio *ne bis in idem* realizada por la nueva jurisprudencia del TEDH, lo que si bien permitiría homologar la doctrina aplicada por ambos tribunales europeos y tomar así en consideración lo dispuesto en el art. 52.3 de la Carta, supondría a su vez rebajar el estándar de protección del individuo que ya había declarado el propio TJUE en su anterior jurisprudencia, motivo por el que, en su opinión, dicha solución debía ser desechada³³.

2) Rechazar la limitación del principio que supone este cambio jurisprudencial del TEDH, manteniendo el nivel de protección fijado en la sentencia *Åkerberg Fransson*. Esta solución sería admisible de acuerdo con el Derecho de la Unión, teniendo en cuenta la cláusula del art. 52.3 *in fine*, que permite reconocer y mantener una protección mayor de los derechos de la Carta, lo que que permitiría separarse de la doctrina más restrictiva del TEDH, solución que el Abogado General presenta como mucho más razonable que la anterior³⁴.

3) Adoptar una nueva interpretación autónoma del principio aplicable a la acumulación de procedimientos y sanciones administrativas y penales³⁵.

Tras analizar la viabilidad de las diferentes alternativas, el Abogado General rechaza también la posible estimación por parte del TJUE de una limitación legítima del principio con base en el artículo 52.1 de la Carta pues, en su opinión, la acumulación operada en el caso de autos no superaría el test de necesidad y proporcionalidad instaurado por la STJUE *Spasic*³⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, propuso finalmente una respuesta que, en esencia, apostaba por la continuación de la doctrina marcada por la Sentencia *Åkerberg Fransson*, pero ofreciendo mejores pautas de interpretación³⁷ destinadas a coadyuvar al juez

³¹ Vid. Conclusiones AG en el asunto *Menci* (ECLI:EU:C:2017:667), apartados 27 - 60.

³² Vid. *ibidem*, apartados 61 - 94.

³³ Vid. *ibidem*, apartados 63 - 73.

³⁴ Vid. *ibidem*, apartados 74 - 77.

³⁵ Vid. *ibidem*, apartados 78 - 94.

³⁶ Vid. *ibidem*, apartados 121 - 123.

³⁷ Vid. *ibidem*, apartado 110 *in fine*.

nacional en su labor de discernir en qué casos una sanción formalmente administrativa debe ser considerada de naturaleza penal a efectos de la aplicación directa del principio *ne bis in idem* del art. 50 de la Carta³⁸. Dicha solución, que hubiera supuesto la evolución natural de la jurisprudencia *Åkerberg Fransson* y el rechazo frontal de la nueva jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no será finalmente acogida por la Gran Sala.

3.4 La respuesta de la Gran Sala: hacia la limitación del derecho fundamental al *ne bis in idem*

La esperadísima respuesta de la Gran Sala en este asunto fue anunciada el 20 de marzo de 2018³⁹ junto con otras dos sentencias sobre la misma materia — asunto *Garlsson* y acumulados *Di puma y Zecca*⁴⁰— que posteriormente comentaremos de manera sucinta.

En primer lugar, y tratándose de una aplicación de la vertiente puramente nacional del principio *ne bis in idem*, el Tribunal de Luxemburgo, como ya hiciera en el asunto *Åkerberg Fransson*, realiza un examen positivo de su competencia para responder a la cuestión prejudicial, argumentando una vez más que, en materia de IVA, y en aplicación del Derecho de la Unión, los Estados miembros tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la recaudación de este impuesto y para combatir el fraude.

Entrando ya en el objeto de la cuestión prejudicial, comienza la Gran Sala advirtiendo de que el derecho fundamental del art. 50 CDFUE, si bien tiene la virtud de englobar tanto la dimensión nacional como transnacional del principio *ne bis in idem*, limita su ámbito de aplicación a sanciones de carácter penal. No obstante, recuerda el Tribunal que el carácter penal de la sanción no se agota en la calificación formal de la misma conforme a lo dispuesto en el derecho nacional, sino que puede extenderse, con independencia de su calificación, a aquellos procedimientos y sanciones que, a pesar de su denominación formal o externa, deban considerarse de naturaleza penal. Este extremo —la naturaleza o no penal del procedimiento o sanción— debe determinarse aplicando la autoridad nacional los criterios que el TJUE ha adoptado a través de su jurisprudencia y que han sido anteriormente citados: la calificación jurídica en el Derecho nacional —criterio meramente formal y preliminar—, la propia naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción impuesta⁴¹.

En este sentido, a diferencia de su postura en *Åkerberg Fransson*, la Gran Sala decide examinar por sí misma la concurrencia de dichos criterios en el caso concreto. Considerando que el procedimiento concluido en Italia y por el que se impuso una sanción firme al Sr. Menci tiene la consideración de procedimiento administrativo conforme al derecho italiano⁴², el análisis del TJUE se centró en la valoración del asunto conforme a los otros dos criterios—naturaleza de la

³⁸ *Vid. ibidem*, apartado 126.

³⁹ *Cfr.* STJUE asunto *Menci*, C-524/15, de 20 de marzo de 2018 (ECLI:EU:C:2018:197).

⁴⁰ Asuntos *Garlsson Real Estate y otros*, C-537/16, de 20 de marzo de 2018 (ECLI:EU:C:2018:193); *Di Puma y Zecca*, acumulados C-596/16 y C-597/16, de 20 de marzo de 2018 (ECLI:EU:C:2018:192).

⁴¹ *Cfr.* SSTJUE asuntos *Bonda (cit.)*, apartado 37; *Åkerberg Fransson (cit.)*, apartado 35.

⁴² *Cfr.* STJUE *Menci (cit.)*, apartado 29.

infracción y gravedad de la sanción impuesta—. En este sentido, La Gran Sala entiende que la sanción administrativa por impago del IVA contemplada en Italia posee una finalidad represiva y no solo preventiva, lo que sumado a la gravedad de ésta —multa equivalente al 30% del IVA devengado—, permitiría entender que la sanción formalmente administrativa impuesta en el litigio principal posee realmente naturaleza penal en el sentido del art. 50 CDFUE⁴³. No obstante, a pesar de haber realizado por sí mismo este examen preliminar sobre la naturaleza penal de la sanción administrativa, recuerda el Tribunal de Luxemburgo que la concurrencia de este extremo debe ser valorada en última instancia por el órgano jurisdiccional italiano en atención a las circunstancias del caso⁴⁴.

Hasta este momento del análisis de la sentencia, pudiera parecer que la respuesta de la Gran Sala en este asunto iba a limitarse a reiterar las líneas maestras instauradas por la doctrina *Åkerberg Fransson*, si bien evolucionada con la introducción de nuevas pautas, a modo de examen preliminar, que coadyuvasen a la autoridad judicial en la tarea de determinar si la sanción tiene o no naturaleza penal. De esta manera, si el *Tribunale di Bergamo* estimaba que la sanción administrativa declarada firme posee realmente carácter penal, el derecho al *ne bis in idem* del Sr. Menci se estaría viendo vulnerado al mantener un nuevo procedimiento penal contra él por los mismos hechos. Esta solución hubiera estado en consonancia, además, con el núcleo la respuesta propuesta por el Abogado General en sus conclusiones sobre este asunto antes expuestas.

Sin embargo, la Gran Sala no se conforma con realizar esta interpretación, y decide ir un paso más allá. Con oportunidad del análisis sobre la existencia de identidad de hechos en el caso concreto (elemento *idem*), el TJUE afirma, en reiteradas ocasiones, que tanto el procedimiento administrativo sancionador como la subsiguiente sanción firme impuestas en los antecedentes del litigio principal en Italia tienen naturaleza penal⁴⁵. Esta afirmación sin reservas resulta asombrosa, ya que a través de ella el Tribunal de Luxemburgo proclama implícitamente la concurrencia del elemento “*bis*” del principio en el caso concreto. Por lo tanto, y sin perjuicio de la valoración de esta cuestión que, como anteriormente había resuelto el propio Tribunal en la misma sentencia, le corresponderá realizar en última instancia al *Tribunale di Bergamo*, El TJUE decide presuponer en este momento la naturaleza penal de la sanción administrativa firme aplicada en Italia.

Esta presunción resulta trascendental para el sentido final de su respuesta, ya que la Gran Sala va a construir toda su argumentación sobre la cuestión partiendo de la premisa de que la acumulación de procedimientos y, eventualmente, sanciones, que se pone en cuestión en el litigio principal italiano constituye, como mínimo, una limitación del derecho fundamental de la Unión reconocido por el art. 50 de la Carta. Pero también es una labor que, a mi juicio, resulta contradictoria, pues hasta entonces el TJUE había sido especialmente cauteloso a la hora de fijar como criterio interpretativo que le correspondía al órgano de reenvío y no a este Tribunal determinar el carácter o no penal de la sanción administrativa firme impuesta en el litigio principal.

Precisamente es la vía de la limitación del derecho fundamental la que decide explorar el TJUE, en contra de la opinión del Abogado General, y que

⁴³ Cfr. *ibidem*, apartados 31-33.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, apartado 33 *in fine*.

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, apartados 34, 38 y 39.

supondrá la ruptura con su anterior jurisprudencia. La Gran Sala recuerda que, si bien los derechos fundamentales enunciados en la Carta han de ser respetados en la aplicación del Derecho de la Unión, el art. 52.1 CDFUE permite a su vez establecer límites al ejercicio de tales derechos y libertades. Para que esta limitación se considere compatible con el Derecho de la Unión, deben cumplirse los requisitos establecidos en el propio art. 52.1 CDFUE, cuya aplicación e interpretación respecto al principio *ne bis in idem* —si bien en su vertiente transnacional— ya habían sido determinados por el TJUE en el asunto *Spasic*⁴⁶. En consecuencia, para que la limitación del *ne bis in idem* que se aprecia en el presente asunto pueda declararse conforme con el Derecho Unión, debe cumplir los siguientes requisitos: que esté claramente establecida por la ley nacional, persiga un interés general, respete el contenido esencial de tales derechos y sea proporcional⁴⁷.

Siendo indubitado que la posibilidad de acumular procedimientos y sanciones administrativas de carácter penal aplicada en Italia está prevista por la ley⁴⁸, la Gran Sala llega además a la conclusión de que dicha normativa respeta el contenido esencial del art. 50 CDFUE, al garantizar que la acumulación solo se producirá cuando se cumplan ciertas condiciones taxativamente descritas en su norma nacional. También entiende que ésta persigue un interés general, al considerar que la percepción eficaz del IVA es una cuestión de importancia capital tanto para el Derecho nacional como para el Derecho de la Unión. No obstante, para que la acumulación de procedimientos y sanciones de carácter penal se considere justificada, ésta deberá responder a objetivos complementarios o a distintos aspectos del comportamiento antisocial, extremo que le corresponde comprobar al órgano de reenvío⁴⁹.

En relación con el respeto al principio de proporcionalidad, el cumplimiento de este requisito exige que la acumulación de procedimientos y sanciones contemplada en el derecho nacional no exceda de los límites de lo adecuado y necesario para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa⁵⁰.

A falta de armonización en la Unión en materia de sanciones por impago de IVA, los Estados miembros mantienen libertad de elección para fijar las sanciones que crean más necesarias y adecuadas para garantizar el pago íntegro de los ingresos derivados de este tributo. Por lo tanto, la posibilidad de contemplar una acumulación de sanciones administrativas y penales ante una infracción de impago del IVA es, en opinión del TJUE, una manifestación de dicha libertad de opción que no puede ser censurada, ni puede tampoco considerarse inadecuada para la consecución del objetivo último de combatir la evasión fiscal en la Unión que ésta persigue⁵¹.

Para poder apreciar la concurrencia del carácter estrictamente necesario, es preceptivo que la legislación nacional del Estado miembro establezca normas

⁴⁶ Cfr. STJUE asunto *Spasic* (cit.), apartados 54 – 74. Sobre esta cuestión, vid. por todos Vervaele, J.A.E. (2015): “Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic”. *Common Market Law Review*, 52, 1339-1360.

⁴⁷ Cfr. STJUE *Menci* (cit.), apartado 41.

⁴⁸ Cfr. *ibidem*, apartado 42.

⁴⁹ Cfr. *ibidem*, apartados 43-45.

⁵⁰ Cfr. *ibidem*, apartado 46.

⁵¹ Cfr. *ibidem*, apartados 47-48.

claras y precisas que permitan al justiciable conocer de antemano qué actos y/u omisiones pueden ser objeto de una acumulación de procedimientos y sanciones, y que a su vez las cargas derivadas de dicha acumulación se limiten únicamente a lo estrictamente necesario⁵². Para ello, no basta con que la normativa cumpla dichas exigencias —tal y como parece cumplirlas la normativa italiana⁵³—, sino que el órgano jurisdiccional nacional tiene que aplicar dicha normativa de tal manera que, efectivamente, la carga para el individuo derivada de la acumulación no sea excesiva respecto a la gravedad de la infracción cometida⁵⁴, extremo que le corresponde comprobar a la autoridad judicial nacional.

El Tribunal de Luxemburgo dedica el final de su respuesta a examinar, tal y como planteó el tribunal italiano, la compatibilidad de esta nueva interpretación del art. 50 de la Carta a la luz del artículo 4 del Protocolo nº 7 CEDH interpretado por el TEDH. A este respecto, el TJUE se limita a recordar que el Tribunal de Estrasburgo declaró, tras la STEDH *A y B. c. Noruega*, que la acumulación de sanciones tributarias y penales sobre la misma infracción tributaria no viola el principio *ne bis in idem* garantizado por el CEDH, siempre y cuando exista un vínculo material y temporal suficiente entre ambos procedimientos. Consecuentemente, la solución que propone el TJUE en la presente sentencia, en esencia, que el art. 50 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permita incoar un proceso penal por impago del IVA luego de haber impuesto a esa misma persona una sanción administrativa firme de carácter penal, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos anteriormente enunciados, no menoscaba y es plenamente compatible con el grado de protección del principio establecido en el CEDH tal y como lo interpreta el TEDH⁵⁵.

4. Reflexiones sobre la nueva jurisprudencia del TJUE tras *Menci*

4.1. Un *ne bis in idem* descafeinado y a gusto de todos los Estados Miembros

Tras la lectura de la STJUE *Menci*, resulta evidente que el giro jurisprudencial realizado por el Tribunal de Luxemburgo supone una minoración del grado de protección de este derecho fundamental del individuo y la proclamación de la compatibilidad de los sistemas de doble vía punitiva (administrativa y penal) para el castigo de la misma infracción utilizados por un gran número de Estados europeos.

La doctrina del TEDH, especialmente tras *Grande Stevens*, si bien no prohibió expresamente la utilización de la doble vía punitiva, en la práctica la rechazaba de manera tácita, pues la mayor parte de las sanciones administrativas aplicadas por los Estados parte en este ámbito estaban abocadas a ser consideradas de naturaleza penal de acuerdo con los criterios instaurados por el TEDH⁵⁶. Además, a pesar de que no todos los Estados han ratificado el Protocolo nº 7

⁵² Cfr. *ibidem*, apartados 49-52.

⁵³ Cfr. *ibidem*, apartado 56.

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, apartados 57-59.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*, apartados 60-62.

⁵⁶ En este sentido, cfr. v.g. SSTEDH *Kapetanios y otros c. Grecia*, de 30 de abril de 2015 (ECLI:CE:ECHR:2015:0430JUD000345312); *Sismanidis y Sitaridis c. Grecia*, de 9 de junio de 2016 (ECLI:CE:ECHR:2016:0609JUD006660209).

CEDH o, pese a haberlo firmado y/o ratificado, han efectuado declaraciones y reservas en relación con el art. 4 que, *de facto*, limitan su ámbito de aplicación exclusivamente a aquellos procedimientos considerados penales según su legislación nacional, hay que recordar que, en la misma STEDH *Grande Stevens*, el Tribunal de Estrasburgo decidió considerar nula la declaración de Italia sobre el art. 4 Protocolo nº 7 CEDH por entender que no era lo suficientemente precisa en los términos exigidos por el art. 57.2 CEDH⁵⁷. Esta valiente decisión del TEDH abría la puerta a la aplicación de su doctrina sobre el elemento “*bis*” a otros Estados parte cuyas reservas al art. 4 Protocolo nº 7 CEDH se expresaban en términos muy similares a los italianos⁵⁸.

Desde esta perspectiva, la STJUE *Åkerberg Fransson* representaba un clavo más en el que parecía iba a ser el ataúd del sistema de doble vía punitiva, pues si bien el Tribunal de Luxemburgo se aseguró de declarar compatible “sobre el papel” este sistema con el Derecho de la Unión, la aplicación de los criterios derivados de la jurisprudencia del TEDH para determinar la naturaleza penal de la sanción, suponía, en la práctica, la imposibilidad manifiesta de mantener dichos sistemas de doble vía punitiva sin incurrir en una vulneración del art. 50 de la Carta, precepto que sí vincula de manera general a todos los Estados miembros en la aplicación del Derecho de la Unión.

Este hecho, en mi opinión, es una de las causas que han motivado el cambio de doctrina de los tribunales europeos. En este sentido, las soluciones adoptadas por los tribunales europeos en STEDH *A y B c. Noruega* y en STJUE *Menci* parecen estar orientadas a satisfacer las pretensiones de los Estados parte y Miembros que utilizan el sistema de doble vía punitiva, hasta el punto de ser un espaldarazo para una práctica que, tan solo unos años antes, parecía proscrita⁵⁹.

Como aspecto positivo, la STJUE *Menci* puede entenderse como un ejercicio de compatibilización de la jurisprudencia del TJUE con la jurisprudencia del TEDH, beneficioso desde el punto de vista del respeto al principio de seguridad jurídica. Ahora bien, esta compatibilización no puede considerarse total, pues aunque es cierto que Luxemburgo y Estrasburgo llegan a la misma interpretación restrictiva del alcance del principio, el camino tomado en ambas sentencias es diferente⁶⁰. El TJUE ha prescindido de los criterios de conexión material y temporal suficiente instaurados por el TEDH, aplicando una doctrina propia basada en la limitación legítima del derecho fundamental, que si bien puede conducir a la misma solución, no es, ni mucho menos, equivalente.

4.2. *Asuntos Garlsson, Di Puma y Zecca ¿razones para el optimismo?*

Junto con la STJUE *Menci*, el Tribunal de Luxemburgo publicó dos sentencias sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* en relación a la

⁵⁷ Cfr. STEDH *Grande Stevens c. Italia* (cit.), §204 – 211.

⁵⁸ Vid. las reservas y declaraciones en relación al art. 4 Protocolo nº7 CEDH depositadas por Austria, Francia y Portugal. Alemania también depositó una declaración en similares términos pero, a diferencia de los anteriores, aún no ha ratificado el Protocolo nº7 CEDH.

⁵⁹ Opinión que coincide con la manifestada por el juez pinto de Albuquerque en su voto particular a la STEDH *A y B c. Noruega* (cit.), §79 - 80.

⁶⁰ Vid. Baron, J. y Poelmann, E. (2018): “The Principle of Ne Bis in Idem: On the Ropes, but Definitely Not Defeated”. *INTERTAX*, vol. 46, issue 10, 805-809.

acumulación de sanciones administrativas y penales. Dichos asuntos, planteados también por una autoridad judicial italiana —*Corte Suprema di cassazione*—, se referían en cambio a la acumulación de sanciones en materia de derecho de la competencia y manipulación del mercado.

En el asunto *Garlsson*, el tribunal *a quo* planteó la aplicación del art. 50 CDFUE desde la perspectiva contraria, en una situación en la que se inició un procedimiento administrativo sancionador a pesar de existir previamente una sentencia penal firme contra la misma persona por los mismos hechos. En este sentido, tras aplicar el mismo razonamiento utilizado en *Menci*, la Gran Sala entendió que la acumulación de procedimientos y, eventualmente, de sanciones de naturaleza penal no cumpliría con el principio de proporcionalidad en su vertiente de estricta necesidad, considerando que la condena penal *stricto sensu* es lo suficientemente adecuada para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria, por lo que añadir a ésta una sanción administrativa de carácter penal podría suponer una violación del principio *ne bis in idem*⁶¹. El Tribunal llega a afirmar que, en situaciones como ésta, el derecho garantizado por el art. 50 CDFUE se trata de un derecho directamente aplicable por los particulares⁶².

En los asuntos acumulados *Di Puma* y *Zecca*, la *Corte Suprema di cassazione* pregunta al Tribunal de Luxemburgo si el art. 50 CDFUE, en relación con el art. 14.1 de la ya derogada Directiva 2003/6⁶³ —obligación de reprimir las operaciones con información privilegiada mediante sanciones administrativas efectivas, proporcionadas y disuasorias—, ampararía el inicio de un procedimiento administrativo sancionador de carácter penal en relación con unos hechos por los que esa misma persona había sido anteriormente absuelta en virtud de resolución penal firme. En caso de respuesta afirmativa, el Tribunal italiano se plantearía la compatibilidad de su propia normativa nacional, que extiende el efecto de la cosa juzgada penal al ámbito administrativo⁶⁴, con el Derecho de la Unión. La Gran Sala responde en sentido negativo, entendiendo nuevamente que la tramitación de un procedimiento administrativo por unos hechos que se han declarado no probados en vía penal carece de todo fundamento, pues excede ostensiblemente de lo necesario para cumplir con el objetivo general del art. 14.1 de la Directiva 2003/6⁶⁵. Por lo tanto, una normativa como la italiana que impide la apertura de un procedimiento administrativo sancionador por unos mismos hechos por los que una misma persona ha sido absuelta no es contraria al Derecho de la Unión⁶⁶.

Cómo puede observarse, ambas sentencias, a pesar de seguir una argumentación jurídica muy similar a la aplicada en *Menci*, llegan a conclusiones notablemente diferentes. En ambos asuntos, la Gran Sala asume que los procedimientos y/o sanciones eventualmente acumulados tienen naturaleza penal⁶⁷, por lo que su mantenimiento supone una limitación derecho fundamental al *ne bis*

61 Cfr. STJUE asunto *Garlsson* (cit.), apartados 55-63.

62 Cfr. *ibidem*, apartado 68 y apartado 2) fallo.

63 Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) (DO L 96 de 12 de abril de 2003).

64 Art. 654 *Codice di Procedura Penale*.

65 Cfr. STJUE asuntos acumulados *Di Puma* y *Zecca* (cit.), apartados 44 - 45.

66 Cfr. *ibidem*, apartados 46 y fallo.

67 Cfr. SSTJUE asuntos *Garlsson* (cit.), apartados 28-35; *Di Puma* y *Zecca* (cit.), apartado 38.

in idem. Sin embargo, tras aplicar los mismos criterios derivados del art. 52.1 de la Carta, considera que, en estos casos, la limitación no está justificada y, por lo tanto, sí existe una violación del art. 50 CDFUE.

5. Conclusiones

Teniendo en cuenta la nueva jurisprudencia del TEDH y la interpretación conforme impuesta por el art. 52.3 CDFUE, muchos pensarán que el giro jurisprudencial que ha supuesto la STJUE *Menci* era inevitable. Incluso puede ser objeto de celebración, al suponer un ejercicio de homogeneización —si bien ni mucho menos total— de la respuesta de ambas jurisdicciones europeas a un mismo problema, ahondando en la relación de “diálogo” entre ambos Tribunales.

Sin embargo, en mi opinión, el cambio jurisprudencial no solo era evitable, sino que, además, es altamente cuestionable desde la perspectiva de la protección de los derechos del individuo. Era evitable porque el art. 52.1 *in fine* otorgaba al TJUE la base legal necesaria para separarse de la jurisprudencia del TEDH, siempre y cuando el grado de protección reconocido por el Derecho de la Unión fuera mayor, tal y como hubiese ocurrido si el Tribunal de Luxemburgo hubiera optado por una respuesta continuista sobre la base de *Åkerberg Fransson*. Es además altamente cuestionable, porque la respuesta del TJUE cercena drásticamente el nivel de protección de un derecho fundamental que, previamente, ya había sido establecido por el propio Tribunal, solución que no encaja con el espíritu general de la normativa de la Unión Europea, proclive a reconocer y aplicar cláusulas de no regresión respecto a los derechos y garantías del individuo⁶⁸

A pesar del mayor nivel de protección que Luxemburgo ha querido mantener a través de sus respuestas en los asuntos *Garlsson y Di Puma y Zecca*, la realidad es que el TJUE, al aceptar la vía de la limitación legítima del art. 50 CDFUE, ha optado por amparar decididamente, y no solo “sobre el papel”, la práctica de la doble vía sancionadora administrativa y penal utilizada por muchos

⁶⁸ *Vid.* en este sentido la cláusula del art. 53 CDFUE, como también las cláusulas de no regresión respecto a garantías procesales del art. 8 Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DO L 280 de 6 de octubre de 2010); art. 10 Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142 de 1 de junio de 2012); art. 14 Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DO L 294 de 6 de noviembre de 2013); art. 13 Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (DO L 65 de 11 de marzo de 2016); art. 11 Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención (DO L 297 de 4 de noviembre de 2016). Para una panorámica general de la evolución de esta materia, *vid.* Arangüena Fanego, C. (2018): “La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ocho años después”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho (Dirs.) y B. Vidal Fernández (Coord.) *Garantías procesales de investigados y acusados: situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 21-52.

Estados miembros. Si la razón que mueve al tribunal para tomar este rumbo es entender que era su deber homogeneizar su estándar de protección con el reconocido por la jurisprudencia del TEDH, cabe cuestionarse qué sentido tiene que el propio TJUE se afane en reivindicar su propia autonomía⁶⁹ y en considerar al CEDH como instrumento jurídico no vinculante⁷⁰. En cambio, si la motivación del Tribunal al admitir una limitación tan grave del derecho al *ne bis in idem* se basa en entender que la recaudación del IVA es un asunto prioritario para la Unión que justifica la práctica de la doble vía sancionadora extendida en muchos Estados miembros, puede entenderse que dicha posición dificulta una interpretación coherente del art. 50 CDFUE, teniendo en cuenta que, en la aplicación del principio en su vertiente transnacional, el TJUE utiliza una clara interpretación *pro personae* que, tras *Menci*, desaparece en su vertiente nacional en favor de una interpretación *pro auctoritate*.

En definitiva, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo en *Menci* constituye un precedente que puede alentar a los Estados miembros a adoptar sistemas de doble vía punitiva para el castigo del fraude del IVA. En cualquier caso, sus efectos no se han hecho esperar, ya que el *Tribunale di Bergamo* ha estimado conveniente plantear al Tribunal Constitucional italiano una cuestión de legitimidad constitucional sobre el art. 649 *Code di Procedura Penale*⁷¹. Veremos si el TJUE no se ve compelido a matizar nuevamente su jurisprudencia.

6. Referencias bibliográficas

- Arangüena Fanego, C. (2018): “La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del Consejo ocho años después”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho (Dir.) y B. Vidal Fernández (Coord.) *Garantías procesales de investigados y acusados: situación actual en el ámbito de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 21-52
- Baron, J. y Poelmann, E. (2018): “The Principle of Ne Bis in Idem: On the Ropes, but Definitely Not Defeated”. *INTERTAX*, vol. 46, issue 10, 805-809.
- De Amicis, G. (2014): “Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionario: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano”. *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, nº 3-4, 201-218
- Ugartemendía Eceizabarrena, J.I. y Ripoll Carulla, S. (2013): “La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)”. *Revista española de derecho europeo*, nº 46, 151-197
- Van Bockel, B. y Wattel, P. (2013): “New Wine into Old Wineskins: The scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after *Åkerberg Fransson*”. *European Law Review*, vol. 38, issue 6, 866-883
- Vervaele, J.A.E. (2013): “Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”. *Utrecht Law Review*, Vol. 4, issue 3, 211-219.
- Vervaele, J.A.E. (2015): “Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic”. *Common Market Law Review*, 52, 1339-1360.

⁶⁹ Dictamen TJUE (Pleno) 2/2013, de 18 de diciembre de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2454).

⁷⁰ Cfr. SSTJUE asuntos acumulados *Orsi y Baldetti (cit.)*, apartado 15; *N.*, C-601/15 PPU, de 15 de febrero de 2016 (ECLI:EU:C:2016:84), apartado 45; *Åkerberg Fransson (cit.)*, apartado 44.

⁷¹ Cfr. *Ordinanza Tribunale di Bergamo* N. 872/15 R.G. Trib., de 27 de junio de 2018.



Vigano, F (2014): “Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'Art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte Edu)”. *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, n° 3-4, 219-238.