

NON BIS IN IDEM, PREVALENCIA DE LA VIA PENAL Y TEORIA DE LOS CONCURSOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Por
TOMÁS CANO CAMPOS
Doctor en Derecho
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO SANCIONADOR: 1. Manifestaciones del principio: las denominadas vertientes material y procesal del non bis in idem. 2. El principio de proporcionalidad como fundamento general del non bis in idem. 3. Naturaleza jurídica: su relación con el principio de legalidad. 4. Los instrumentos técnicos para garantizar el non bis in idem: la prevalencia de la vía penal y la teoría de los concursos.—III. EL CONCURSO ENTRE NORMA PENAL Y NORMA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: 1. La prevalencia de la norma penal: la necesidad de su preservación y su justificación en el carácter de ultima ratio del Derecho penal y en la competencia del Estado en la materia. 2. La prohibición de tramitar de forma simultánea un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador. 3. La posibilidad de tramitar un procedimiento administrativo tras uno penal absoluto. 4. Un problema aún pendiente: la tramitación previa del procedimiento administrativo y la imposición anticipada de la sanción administrativa. Posibles soluciones.—IV. EL CONCURSO DE NORMAS ADMINISTRATIVAS: 1. La determinación de la norma aplicable: reglas para la solución del conflicto de normas. 2. La prohibición de tramitar de forma simultánea o sucesiva dos procedimientos administrativos sancionadores.—V. EL CONCURSO DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS: 1. El concurso de infracciones como técnica ajena al non bis in idem. 2. Los problemas que genera en el Derecho administrativo sancionador el tratamiento del concurso ideal y medial. Una posible solución: la aplicación de las dos sanciones de forma atenuada.

I. INTRODUCCIÓN

El conocido aforismo latino *non bis in idem* ha sido objeto en los últimos años de destacados estudios doctrinales y de una copiosa jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, que han dado lugar a un importante *corpus* acerca de su alcance y contenido en el Derecho sancionador y han influido resueltamente en su actual regulación normativa. Pero cuando se profundiza en su estudio emerge un panorama preñado de problemas, carencias y dificultades, muy alejado de la visión elemental y simplista que a veces se tiene del mismo, que lo reduce a la prohibición de doble sanción por un mismo hecho, a su conexión con el principio de legalidad y a la prevalencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo.

Una de las primeras cuestiones que suscita su estudio es la relativa a la determinación misma de su propio significado. Su tenor lite-

ral tal y como ha llegado hasta nosotros, «no dos veces por lo mismo», dice poco acerca de su contenido, pues, como ha destacado la doctrina, no especifica ni el supuesto de hecho al que alude —el *idem*— ni la consecuencia que se reputa prohibida o se pretende evitar —el *bis*—. Parece claro que, en una primera aproximación conceptual y dentro del ámbito sancionador en que se enmarca este trabajo, el principio *non bis in idem* prohíbe la imposición de dos sanciones por un mismo hecho. Pero ésta es sólo una de las múltiples manifestaciones del principio, el cual, por lo demás, no sólo opera en el ámbito punitivo, sino también en otros sectores del ordenamiento como el civil, el laboral o el tributario (1). En el Derecho sancionador la doctrina discute si dicho principio, además, no supone la prohibición de ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, algo que parece claro en el ámbito procesal penal ya que el instituto de la cosa juzgada impide la dualidad de procesos por los mismos hechos aunque el primero sea absolutorio, pero que todavía no se ha resuelto adecuadamente (a veces ni se plantea) en el Derecho administrativo sancionador.

Tampoco está del todo claro el fundamento de la prohibición y su naturaleza jurídica. El TC desde sus primeras sentencias vinculó claramente el *non bis in idem* al principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la CE, pero esta posición, que goza del cómodo *status* de «doctrina dominante», ha sido objeto de numerosas críticas. Su conexión con los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad parece clara, por lo que numerosos autores ven en tales principios el auténtico fundamento del *non bis in idem*, el que estaría en la base de todas sus manifestaciones, mientras que su naturaleza de derecho fundamental por su conexión con el principio de legalidad sólo sería predicable de alguna de sus vertientes, en concreto de la que prohíbe la doble sanción.

Los mayores problemas, sin embargo, provienen de lo que erróneamente se viene denominando la vertiente procesal del principio, que se traduciría en la prevalencia de la vía penal sobre la administrativa en caso de que los hechos sean constitutivos de delito e in-

(1) Sobre las manifestaciones del principio en otros ámbitos, STS de 16 de enero de 1989 (Ar. 1989): «posible vulneración del principio de que a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un solo derecho»; STS de 11 de noviembre de 1999 (Ar. 7914): el principio *non bis in idem* supone «la prohibición de la duplicidad de tributos sobre un mismo hecho imponible». En la doctrina, A. CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1991, quien destaca que nada impide la aplicación del principio también a los efectos beneficiosos o favorables (pág. 845); F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio «ne bis in idem»*, Barcelona, Bosch, 1998, págs. 23, 34, 286.

fracción administrativa y en la necesidad, en tal caso, de paralizar el procedimiento administrativo sancionador hasta que se resuelva el penal. Estas reglas, que como se verá no derivan realmente del propio principio, sino que constituyen instrumentos para garantizarlo, gozan, en mi opinión, de un sólido fundamento constitucional, pero, de un lado, resultan insuficientes para asegurar el *non bis in idem* en todo el ámbito sancionador, pues si el mismo hecho se encuentra tipificado en dos o más normas administrativas la referida regla no sirve para determinar cuál de ellas ha de aplicarse, y, de otro, lo cual es aún más grave, han sido recientemente cuestionadas por una discutible jurisprudencia constitucional que, obviando el verdadero fundamento de dicha precedencia y otras posibles soluciones al concreto problema planteado, consagra la inaplicabilidad de la ley penal cuando la Administración se anticipa e impone una sanción administrativa por unos hechos que también son constitutivos de delito. Las sólidas bases constitucionales en que se asienta la precedencia de la vía penal sobre la administrativa exigen un esfuerzo interpretativo que, en casos como el planteado, permita compatibilizar dicha prevalencia con el derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo. Buena parte de este trabajo se dirige a analizar los instrumentos que ofrece nuestro Derecho para alcanzar dicha compatibilidad.

Por último, y dentro de una tendencia al parecer irrefrenable a adherirle instituciones y figuras extrañas, el principio *non bis in idem* se ha vinculado por un sector de la doctrina al concurso de infracciones, cuando lo cierto es que dicha modalidad concursal, a diferencia del concurso de normas, nada tiene que ver con el principio en cuestión, pues cuando estamos en presencia de un concurso de infracciones no se cumplen todos los requisitos que habitualmente se exigen al *non bis in idem*: o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (concurso ideal).

Estas y otras cuestiones que iré analizando en las páginas que siguen ofrecen un panorama ciertamente complejo y confuso del *non bis in idem* en nuestro Derecho administrativo sancionador, bastante apartado, como decía al principio, del común y sencillo entendimiento que a veces se tiene del mismo. Un panorama que, en el plano normativo, el legislador —con su inadmisibles pasividad— sigue empeñado en no despejar, y que, en el ámbito doctrinal, justifica —entendiendo— una nueva reflexión sobre este importante y trascendental capítulo de nuestro ordenamiento sancionador. No es intención de este estudio, sin embargo, abordar un análisis general del

non bis in idem en el Derecho administrativo sancionador, algo que requeriría mucho más espacio del aquí disponible, sino sólo centrar la atención en algunas de sus cuestiones más polémicas y en aquellos aspectos del principio que, según entiendo, todavía no han recibido un adecuado tratamiento doctrinal.

II. EL *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO SANCIONADOR

1. *Manifestaciones del principio: las denominadas vertientes material y procesal del non bis in idem*

La primera precisión que cabe realizar es la relativa al ámbito en que opera el principio. El *non bis in idem* no se mueve tanto en el ámbito de la creación del Derecho sancionador cuanto en el de su aplicación, pues más que impedir que un determinado comportamiento se encuentre tipificado de forma simultánea en varios preceptos como delito o infracción administrativa, algo que en ocasiones será inevitable, lo que prohíbe es la aplicación conjunta de tales preceptos al comportamiento en cuestión. La prueba de que en ocasiones es inevitable que un mismo comportamiento pueda subsumirse en dos o más normas sancionadoras nos la ofrece el CP al regular el concurso de normas (art. 8: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código [...]») o la propia LAP cuando prohíbe sancionar los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente (art. 133), pues tales previsiones sólo tienen sentido si se parte de la posibilidad de que dos o más normas tipifiquen como delito e infracción administrativa los mismos hechos. En cualquier caso, en el tema subyace un problema de técnica legislativa, pues si el legislador abandonara su actual hipertrofia sancionadora, trataría de incorporar elementos diferenciadores en la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, respetara el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, reservando al mismo los comportamientos y las respuestas más graves del ordenamiento sancionador, y hubiera, en fin, una mayor coordinación entre las distintas instancias competentes para aprobar normas sancionadoras, el solapamiento y la convergencia de éstas sería mucho menor, reduciéndose así, considerablemente, el campo de aplicación del *non bis in idem* y los problemas que el mismo plantea.

La aplicación del principio, así entendido, se ha topado tradicionalmente con la tesis de la diferenciación cualitativa entre penas y sanciones administrativas, lo que permitía la compatibilidad o con-

currencia de ambas sobre un mismo hecho (2). El abandono de la misma ha abierto el camino a un reconocimiento pleno de la prohibición de imponer dos o más sanciones (del tipo que sean) por la comisión de unos mismos hechos (3). La legislación administrativa así lo hecho tanto en sus normas generales como en las reguladoras de los distintos sectores de la acción administrativa (4). La labor de la jurisprudencia ha sido decisiva para ello.

El principio *non bis in idem* no prohíbe realmente que alguien pueda ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sino que sea castigado dos veces por los mismos hechos *sobre la base de idéntico fundamento*. El artículo 133 de la LAP, que siguiendo la jurisprudencia constitucional ha consagrado —de forma parcial e insuficiente— dicha prohibición, es claro al respecto: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento». Es decir, la regla parte para su aplicación de las denominadas tres identidades: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento. La identidad de fundamento alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones (5). Por consiguiente, el pre-

(2) L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Sanciones penales y sanciones gubernativas», en AA.VV., *Problemas de Derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, pág. 16; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 10, 1976, págs. 416-417; también, con T. R. FERNÁNDEZ, en su *Curso de Derecho Administrativo*, II, 7.ª ed., Madrid, Civitas, 2000, pág. 181; A. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1994, págs. 411 y ss.

(3) Esta opinión no es la mayoritaria en países como Alemania, donde se sigue afirmando la existencia de diferencias cualitativas entre penas y sanciones administrativas. Pero, al margen de si hay o no una identidad absoluta entre unas y otras, la aplicación del *non bis in idem* puede sostenerse, como se ha afirmado recientemente, si se tiene en cuenta la existencia de «una identidad mínima, una identidad sustancial básica entre la sanción penal y la sanción administrativa, una mínima naturaleza común, derivada precisamente de su carácter de sanción, y que difícilmente puede ser negada: a saber, que tanto las penas como las sanciones administrativas constituyen un *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, un mal que se impone como tal mal, en respuesta a un ilícito previo. A partir de esta consideración, a menudo olvidada en la interminable discusión sobre la identidad o diversidad de naturaleza entre ambos tipos de sanciones, puede intentarse construir un sistema justo de reacciones punitivas, que contemple al individuo en su dignidad y no lo sancione más allá de lo merecido» (G. BENLLOCH PETIT, *El principio de non bis in idem en las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario*, en «Poder Judicial», núm. 51, 1998, pág. 310).

(4) Una enumeración exhaustiva de las distintas normas administrativas en que se consagra el principio, ordenadas por sectores, en A. P. RIVES SEVA, *El principio non bis in idem y su significación actual en el Derecho administrativo sancionador*, en «Poder Judicial», núm. 32, 1993, págs. 181 y ss.; J. MESEGUER YEBRA, *El principio «non bis in idem» en el procedimiento administrativo sancionador*, Barcelona, Bosch, 2000, págs. 31 y ss.

(5) Por bien jurídico ha de entenderse el objeto protegido por la norma sancionadora

supuesto del que parte la regla no es el nudo hecho, sino el hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico; es decir, el ilícito o la infracción (6). En realidad, lo que se viene a decir con este entendimiento del principio es que no cabe imponer dos sanciones por una sola vulneración del ordenamiento jurídico, por la comisión de una única infracción (7). El supuesto de hecho de la norma —el *idem*— sería la infracción; la consecuencia jurídica —el *bis*—, la sanción. Es indiferente que las sanciones cuya duplicidad se prohíbe sean todas de carácter penal, una de carácter penal y otra de carácter administrativo o ambas de este último carácter: cuando de un mismo hecho se trate, y únicamente se lesione un bien jurídico, sólo una de las sanciones puede ser impuesta (8).

vulnerada (la integridad física, la seguridad, la salud, el honor, el medio ambiente, el patrimonio histórico, el correcto funcionamiento de la Administración, etc.). Para C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general* (traducción y notas de D. M. LUZÓN PEÑA, M. DÍAZ Y GARCÍA CONILLO, J. DE VICENTE REMESAL), Madrid, Cívitas, 1997, «los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo o su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» (pág. 56).

(6) El concepto de infracción no ha de ser entendido en sentido puramente formal, como acción u omisión contraria a las normas regulativas o de mandato a que anuda la ley la imposición de una sanción, sino, más exactamente, como todo hecho típico, antijurídico y culpable (o típicamente antijurídico y culpable). La antijuridicidad, que junto con la culpabilidad es el elemento esencial del concepto, suele ser definida en sentido formal como «contrariedad a Derecho» (antijuridicidad formal), pero ello nada dice acerca del contenido que ha de tener un hecho para que pueda ser considerado antijurídico. De ello se ocupa la denominada antijuridicidad material, que es definida, precisamente, como la «lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico». Por ello, si un hecho sólo lesiona o pone en peligro un único bien jurídico, aunque el mismo se encuentre tipificado como infracción en dos o más normas (curso de normas), sólo se ha cometido una infracción y sólo puede ser sancionado una vez.

(7) Según la STC 154/1990, el «principio *non bis in idem* [...] impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal doble o plural». En la doctrina, M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, señalan certeramente que «la formulación habitual del principio ("nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos") resulta, literalmente entendida, profundamente inexacta, puesto que un mismo hecho puede lesionar intereses distintos, protegidos en normas diferentes y ser por ello sancionado varias veces sin que tal pluralidad de sanciones vulnere ningún principio constitucional: tal sucede en los casos de concurso ideal de delitos» (pág. 91).

(8) La STC 154/1990 estableció claramente que el *non bis in idem* «ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penales y administrativas por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos. El principio *non bis in idem* es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y acción punitiva [...]». Ni siquiera es correcto afirmar que el *non bis in idem* no rige en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, pues la posibilidad de imponer en dicho ámbito dos sanciones por la comisión de un mismo hecho radica, más bien, en la carencia de alguno de los requisitos que el principio exige para ser aplicado, en concreto en la falta de la identidad de fundamento o bien jurídico protegido. La STC 234/1991 señaló en este sentido que «para que sea

El *non bis in idem* también excluye la posibilidad de utilizar o valorar al imponer una sanción cualquier circunstancia que ya haya sido tenida en cuenta como elemento constitutivo de la infracción o como factor determinante de la pena o sanción. El ejemplo típico es el contemplado en el artículo 67 CP, que impide aplicar como agravantes o atenuantes aquellas circunstancias «que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción [...] o sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse» (9). Esta precisión es importante en las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, pues en la medida en que el primero utiliza numerosas leyes en blanco cuyo complemento son normas administrativas sancionadoras, la existencia de muchos delitos requiere de la constatación de una infracción administrativa, la cual, sin embargo, no podrá ser sancionada por haber sido ya tenida en cuenta como un elemento constitutivo del tipo penal (10).

jurídicamente admisible la sanción disciplinaria, impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal, es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección». La STS de 12 de junio de 1998 (Ar. 5554), tras recordar esa jurisprudencia constitucional, considera que la condena a un funcionario por la comisión de un delito de cohecho impide la posterior sanción disciplinaria en aplicación del principio *non bis in idem*, pues en la medida en que «el bien jurídico es el mismo en ambos casos —el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia—, la infracción disciplinaria «queda comprendida en el tipo penal». Distinta sería la solución, concluye el TS, si se tratara de delitos que no tuvieran en cuenta la condición funcional del autor, como los delitos contra la salud pública o contra el patrimonio (esta sentencia, como otras muchas que cito en este trabajo, están tomadas de la excelente recopilación de jurisprudencia sobre el Derecho administrativo sancionador que, para la revista «Justicia Administrativa», realizan trimestralmente M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALCARCÓN SOTOMAYOR y M. REBOLLO PUIG). En sentido similar se pronuncia la STS de 30 de mayo de 2000 (Ar. 5155). Sobre la aplicación del *non bis in idem* a las relaciones de sujeción especial, T. QUINTANA LÓPEZ, *El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 56, 1986, págs. 587 y ss.; R. GARCÍA MACHO, *Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 72, 1991, págs. 522 y ss.; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Manual de Derecho disciplinario*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pág. 205. Más recientemente, G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., págs. 348 y ss., y B. MARINA JALVO, *Non bis in idem e irresponsabilidad penal de los funcionarios de policía*, en el núm. 155 de esta REVISTA, págs. 183 y ss., con más bibliografía.

(9) Sobre la consideración de este precepto como una clara manifestación del *non bis in idem*, E. GIMBERNAT, *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 419; R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, Cedecs, 1995, págs. 28 y 240 y ss. En la jurisprudencia, STS de 17 de abril de 1998 (Ar. 4399).

(10) Los ejemplos son numerosos en el nuevo CP de 1995: artículo 325 (delito contra los recursos naturales y el medio ambiente): «el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice [...]»; artículo 333 (delito relativo a la protección de la flora y de la fauna): «El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las Leyes o disposiciones de carácter general [...]»; así como otros tipos relativos al mercado y a los consumidores, ordenación del territorio,

Junto a esta vertiente material, también se habla de una manifestación procesal del *non bis in idem*, aunque su concreto alcance y contenido no está del todo claro en la doctrina y en la jurisprudencia. Algunos autores, siguiendo la doctrina del TC, identifican esta vertiente del principio con la prevalencia de la vía penal y la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados por el orden jurisdiccional penal (11). El propio TC ha realizado en numerosas ocasiones dicha identificación, incidiendo nuevamente en ella en su reciente y discutible sentencia 177/1999 (12). Otros autores, sin embargo, consideran que en su vertiente procesal el *non bis in idem* lo que impide es el doble enjuiciamiento de unos mismos hechos, por lo que se traduce en la prohibición de que un sujeto sea sometido por su comisión a dos o más procedimientos (penales o administrativos), siempre que tales hechos lesionen o pongan en peligro el mismo bien jurídico (13). Pero, más que de vertiente procesal del principio, debe hablarse aquí de contenido o manifestación del mismo, de modo que en el ámbito sancionador el principio *non bis in idem* no sólo prohibiría la dualidad de sanciones por unos mismos

protección del patrimonio histórico, etc. Lo normal en estos casos es que la norma penal sea especial respecto de la administrativa, ya que exige algún otro elemento adicional. Sobre el concurso de normas y la especialidad como uno de sus reglas de resolución, *vid. infra*, II.4 y IV.1.

(11) G. GARCÍA PLANAS, *Consecuencias del principio «non bis in idem» en Derecho penal*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1989, pág. 110; F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación...*, cit., pág. 542; F. NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, Colex, 2001, pág. 38.

(12) La prevalencia de la vía penal sobre la administrativa, dice el TC en esta sentencia, responde a la perspectiva «meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del *ne bis in idem*», perspectiva que «no puede ser interpretada en oposición a la material, en tanto que esta última atiende no al plano formal y, en definitiva, instrumental del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y administrativo».

(13) S. DEL REY GUATER, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990, pág. 111; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Sanción penal-sanción administrativa: el principio «non bis in idem» en la jurisprudencia*, en «Poder Judicial», núm. 22, 1991, pág. 115; A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., págs. 430-431; R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., pág. 24; R. M. MATA Y MARTÍN, *El principio «non bis in idem» en la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados*, en «Poder Judicial», núms. 41-42, 1996, pág. 186; J. GARBERÍ LLOBREGAT, «Principio *non bis in idem* y cuestiones de prejudicialidad», en AA.VV., *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, CGPJ, 1997, pág. 86; G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., pág. 306; M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho...*, cit., quienes señalan claramente que el «principio *ne bis in idem* tiene un doble significado: de una parte, es un principio material, según el cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción y, de otra, es principio procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos» (pág. 91). El propio TC, en algunas sentencias como la 222/1997 o la más reciente 152/2001, afirma que «el principio *non bis in idem* se manifiesta también en la dimensión que prohíbe un doble proceso con un mismo objeto», por lo que la duplicidad de procedimientos sancionadores supone una vulneración del mismo.

hechos, sino también su doble enjuiciamiento (14). Por su parte, la referida prevalencia de la vía penal (con la consiguiente suspensión del procedimiento sancionador y la vinculación de la Administración a los hechos declarados probados por el Juez penal) nada tiene que ver con el contenido del *non bis in idem*, por lo que no puede afirmarse que constituya una de sus manifestaciones (15). Si acaso, puede verse en ella una regla de garantía del principio, pues en tanto determina que en el concurso de normas sancionadoras goza siempre de preferencia la penal, debiendo suspenderse el procedimiento administrativo, está garantizando las referidas manifestaciones del principio: de un lado, evita la imposición conjunta de una pena y una sanción administrativa por los mismos hechos y, de otro, la tramitación simultánea de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador. Pero se trata, como digo, de una regla ajena o que no forma parte del principio, cuyo enunciado nada dice acerca de la norma de preferente aplicación, por lo que las referidas manifestaciones del mismo podrían conseguirse utilizando otras reglas o criterios distintos (prevalencia de la norma especial, preferencia de la norma que primero se aplique en el tiempo, etc.).

La prohibición de enjuiciar dos o más veces unos mismos hechos es clara en el ámbito del proceso penal, donde el efecto negativo de la cosa juzgada impide un ulterior proceso aunque el primero haya concluido con sentencia absolutoria (16). Algunos autores trasladan

(14) En favor de considerar ambas manifestaciones como contenido del *non bis in idem* pueden citarse numerosas normas internacionales que consagran dicho principio y aluden a esa doble prohibición en el ámbito penal. Entre las más importantes, artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley de procedimiento penal de cada país»; artículo 4.1 Protocolo Adicional núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984: «Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que ya haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento de ese Estado»; artículo 54 Convenio de aplicación del acuerdo de Shengen de 19 de junio de 1990: «Una persona que haya sido juzgada por sentencia firme por otra Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante [...]». Sobre esta cuestión, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, en «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1981, págs. 97 y ss.

(15) M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, MAP, 1989, advirtió que al contenido del principio se ha adherido, «como si fuera exactamente lo mismo, una regla para decidir la sanción aplicable» (pág. 812). Recientemente, G. BENILOCH PETIT, *El principio...*, cit., también ha destacado que la prevalencia de la vía penal y la consiguiente suspensión del procedimiento administrativo sancionador «no es una verdadera manifestación del *non bis in idem* procesal, pues lo único que establece es el orden respectivo en que han de intervenir el órgano jurisdiccional penal y el administrativo sancionador» (pág. 328).

(16) La propia Exposición de Motivos de la LECrim alude a ello cuando señala que rige «sin excepción la máxima *non bis in idem*», añadiendo más adelante que «en los pro-

esta misma solución al Derecho administrativo sancionador y afirman que «el *bis* de la regla no se refiere a condenas, sino a enjuiciamientos, de tal manera que la regla correctamente entendida dice así: *por un mismo hecho nadie puede ser enjuiciado dos veces*, con independencia del sentido que haya podido tener el primer enjuiciamiento» (17).

El sometimiento a un proceso o procedimiento supone por sí mismo (sin necesidad de imponer sanción alguna) una carga o gravamen para el ciudadano, por lo que su reiteración por unos mismos hechos carecerá normalmente de justificación y se traducirá en un atentado a los principios de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica. La prohibición de enjuiciar varias veces los mismos hechos no sólo garantiza tales principios, sino que evita, además, la posibilidad de una doble sanción y que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio (18). Comparado, por ello, la opinión de quienes consideran que el *non bis in idem* constituye un principio que no sólo prohíbe la imposición de dos sanciones por unos mismos hechos, sino también su doble enjuiciamiento (penal o administrativo). Pero, 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 (su desconocimiento no siempre resulta arbitrario o desproporcionado), debiendo ceder en algunos supuestos, en concreto cuando dicha prohibición haya de ser ponderada, o tenga que «convivir», con otros principios o valores de más peso, esto es, cuando los

cesos criminales, que pueden incoarse de oficio, están siempre en litigio el interés social y la paz pública; teniendo el Tribunal la obligación de condenar o absolver libremente, sin reserva alguna y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho ya juzgado [...]. En la doctrina, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ceura, 1991, quien señala que el *non bis in idem* no se limita a impedir que se castigue dos veces, sino que comprende también no someter a proceso (o procedimiento), dos o más veces, a una misma persona, a causa de los mismos hechos (pág. 181). En la jurisprudencia, entre las más conocidas, la STS de 24 de marzo de 1971 (Ar. 1475) y la mucho más reciente de 11 de enero de 2000 (Ar. 188).

(17) A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., págs. 430-431 (cursivas en el original). Para J. GARBERÍ LLOBREGAT, «Principio...», cit., la regla también prohíbe que un mismo hecho antijurídico pueda ser enjuiciado de forma *simultánea* en un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador o en dos procedimientos administrativos sancionadores distintos (págs. 86 y 92). La STS de 17 de noviembre de 1998 (Ar. 10436) señala que el *non bis in idem* prohíbe el «enjuiciamiento *simultáneo* de unos mismos hechos en dos procedimientos diferentes, ya sean éstos penales o administrativos».

(18) La STC 177/1999 afirma en este sentido que «la articulación procedimental del *ne bis in idem* [...] se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo de unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos —penal y administrativo— atribuidos a autoridades de diverso orden».

intereses protegidos por esos otros principios merezcan una mayor tutela que los propios que protege la prohibición de doble enjuiciamiento (19). El ejemplo más claro se produce en el propio ámbito del proceso penal, donde la prohibición de doble enjuiciamiento cede cuando concurre alguno de los supuestos del recurso de revisión: frente a la idea de seguridad jurídica a que obedece dicha prohibición, se considera que en determinadas situaciones, excepcionales y taxativas, debe «peñar» o «valer» más la idea de justicia que tales supuestos encarnan. Como se verá más adelante, es esta misma idea de la ponderación de intereses, junto con el reconocimiento del ejercicio del *ius puniendi* a órganos distintos (penales y administrativos), la que permite explicar y justificar aquellos supuestos en que se admite (o debe admitirse) que unos mismos hechos sean sometidos a un doble enjuiciamiento: proceso penal absolutorio y posterior reapertura del procedimiento administrativo, posibilidad incluso de que el juez penal enjuicie unos hechos ya sancionados en vía administrativa, etc.

2. *El principio de proporcionalidad como fundamento general del non bis in idem*

Algunos autores, preguntándose acerca del fundamento del *non bis in idem*, han concluido que el mismo reside en la institución de la cosa juzgada (20). Esta idea es desatinada, pues la relación entre una y otra figura es más bien la inversa: el fundamento de la cosa juzgada material (en concreto de su efecto negativo o preclusivo) es el *non bis in idem*, y no al contrario, como se pretende. Dicho de otra forma: la cosa juzgada es un instrumento procesal para garantizar la prohibición de *bis in idem*, sin que quepa una identificación absoluta entre ambas instituciones, pues ni la cosa juzgada es el único instrumento de garantía de dicha prohibición ni aquélla persigue única-

(19) Sobre la dimensión de peso o ponderación de los principios (su característica frente a las reglas sería que cuando se aplican para resolver un caso deben ser ponderados entre sí y el caso resuelto según el peso relativo atribuido a los diversos principios concurrentes), M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pág. 74; más ampliamente, con J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, págs. 6 y ss. Sobre la necesaria coexistencia o «convivencia» entre los distintos principios y valores en el seno del ordenamiento, G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, págs. 11 y ss. (hay traducción española de M. GASCÓN, Madrid, Trotta, 1995). En nuestro país, el reciente libro de J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

(20) S. DEL REY GUANTER, *Potestad...*, cit., pág. 79; C. ALBIÑANA CILVETI, «Anotaciones al principio *non bis in idem*», en AA.VV., *La constitución y la práctica del Derecho*, tomo III, Pamplona, Aranzadi-BCH, 1998, pág. 3368.

mente garantizar la referida prohibición (21). Además, su ámbito de aplicación no es del todo coincidente: mientras que la prohibición de *bis in idem* rige plenamente en todo el Derecho sancionador (penal y administrativo), no cabe hablar de cosa juzgada cuando la Administración impone previamente una sanción que no es recurrida y deviene firme y con posterioridad se abre un proceso penal u otro procedimiento administrativo por los mismos hechos. Lo que impide una nueva sanción en este caso no es la institución de la cosa juzgada, pues nada se ha juzgado, sino el *non bis in idem*, que es un principio más amplio.

El fundamento de la prohibición de *bis in idem* reside realmente en la desproporción y arbitrariedad que implica la imposición de dos o más sanciones por un mismo hecho o su doble enjuiciamiento en dos o más procesos o procedimientos. La jurisprudencia constitucional así lo ha señalado en repetidas ocasiones, incidiendo nuevamente en ello la reciente STC 177/1999: si un «mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción [...] comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita» (22). La doctrina también considera que es desde la arbitrariedad y la des-

(21) Como se sabe, por cosa juzgada *material* (frente a la *formal*, que opera dentro del mismo proceso y alude a la firmeza o inimpugnabilidad de las resoluciones judiciales) se entiende el efecto que producen en otros procesos determinadas resoluciones judiciales firmes, fundamentalmente las sentencias. Dicho efecto es doble: *positivo, vinculante o prejudicial*, que supone que el Juez del proceso posterior (cuando éste no es simple reproducción del primero, sino que su objeto procesal coincide sólo parcialmente) debe atenerse al contenido de lo juzgado en el primer proceso; y *negativo, excluyente o preclusivo*, que implica que el segundo proceso (cuando es reproducción del primero) debe terminar cuanto antes, pues no sólo es inútil, dado que la cosa en cuestión ya fue juzgada, sino perjudicial, pues ni se puede condenar al ya condenado o absuelto ni absolver al ya absuelto o condenado, precisamente porque lo prohíbe el *non bis in idem*. Su regulación se encuentra en los artículos 222 y 421 de la nueva LEC (que ha derogado el art. 1252 CC) y en el artículo 666 LECrim, entre otros. Sobre la cosa juzgada en general y el fundamento de su efecto negativo o preclusivo en el principio *non bis in idem*, E. GÓMEZ ORBANEJA/V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1969, pág. 303; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., pág. 25; A. DE LA OLIVA/S. ARAGONESES/R. HINOJOSA/J. MUERZA/J. A. TOMÉ, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Madrid, Ceura, 1999, págs. 579-580; V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA/V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Colex, 1999, pág. 694. En la jurisprudencia, STC 207/1989 y SSTS de 23 de marzo de 1990 (Ar. 1724), 20 de septiembre de 1996 (Ar. 6727), 31 de octubre de 1998 (8163) y 25 de septiembre de 2000 (Ar. 7528), entre otras muchas. En cualquier caso, como se ha destacado recientemente, el fundamento de la cosa juzgada material no es sólo el *non bis in idem*, pues también «persigue evitar varios procesos cuando es posible, más racional y más justo (para la sociedad y para los sujetos pasivos de los procesos) solventar un litigio en un solo proceso» (A. DE LA OLIVA/I. DÍEZ-PICAZO, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, Ceura, 2000, pág. 517).

(22) *Vid.* también, entre las más explícitas, la STC 154/1990: la posibilidad de sancionar dos veces por lo mismo «también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción [...], aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada».

proporción «desde donde aflora un fundamento para la prohibición del *bis in idem*, pues en nuestra historia jurídica, sobre todo en la etapa anterior del régimen político, el modo y sentido de la doble sanción eran claramente arbitrarios y desproporcionados, y es frente a esa experiencia contra lo que se levanta la prohibición» (23). Lo que impide que sobre lo mismo recaigan dos o más efectos jurídicos (favorables o desfavorables) es, en efecto, la proporcionalidad: «si un sector del ordenamiento ya regula de forma global un supuesto de hecho, ¿qué necesidad hay de volver a imponer otras consecuencias jurídicas adicionales? Resulta desproporcionado realizar dos enjuiciamientos del mismo hecho o imponer pena y sanción administrativa», así como arbitrario (art. 9.3 CE), pues «es evidente que toda desproporcionalidad es arbitraria, provenga ésta del legislador, de la Administración o de los órganos jurisdiccionales» (24). También tiene mucho que ver en ello la seguridad jurídica en su vertiente de previsibilidad de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la actuación de los poderes públicos: el ciudadano debe tener la confianza o seguridad de que unos mismos hechos no van a ser valorados (negativamente) de nuevo (25).

Es precisamente en el ámbito sancionador, como consecuencia de las ideas ilustradas, donde el principio de proporcionalidad, antes de pasar al Derecho de policía, encontró su primer acomodo, tal y como se advierte en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 o en el artículo 16 de la Constitución francesa de 1793: «La ley —dice el primero de ellos— no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesas-

(23) L. ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 8, 1983, pág. 19, quien añade que por ello encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3 CE. En el mismo sentido, S. DEL REY GUANTER, *Potestad...*, cit., pág. 123; J. J. QUERALT, «*Ne bis in idem*: significados constitucionales», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria de Juan DEL ROSAL*, Madrid, 1993, pág. 890; G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., pág. 312. La doctrina francesa también vincula el *non bis in idem* al principio de proporcionalidad, el cual se considera incluido en el de legalidad. Vid. F. MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, París, Económica, 1993: «dos penas o dos sanciones no penales (administrativas, disciplinarias, etc.) acumuladas pueden resultar desproporcionadas en relación a los hechos o comportamientos que las justifican» (pág. 267). Para el Derecho brasileño, F. MEDINA OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, Sao Paulo, 2000, pág. 279.

(24) A. CUERDA RIEZU, *El concurso...*, cit., pág. 846. Sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el artículo 9.3 CE son esenciales los trabajos de T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, Cívitas, 1997; *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Cívitas, 1998.

(25) F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación...*, cit., pág. 400; F. NAVARRO CARDOSO, *Infraacción...*, cit., pág. 36, así como buena parte de la doctrina alemana. Sobre la referida vertiente de la seguridad jurídica, A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, págs. 30 y ss.

rias» (26). Hoy se considera como un principio inherente al Estado de Derecho que deriva del «valor justicia», del principio de «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» y de la propia «dignidad de la persona», que impide toda intervención innecesaria o excesiva que grave al ciudadano más allá de lo estrictamente indispensable para la protección de los intereses públicos y que se erige, por ello, en canon de constitucionalidad de la actuación de aquéllos (27). La jurisprudencia más reciente también lo relaciona con el principio de legalidad en determinados supuestos, pues considera que la desproporción de las sanciones previstas en un tipo penal también constituye una vulneración del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE (28).

Desde el punto de vista de la función de las normas sancionadoras, la prohibición de *bis in idem* también me parece clara. Las normas sancionadoras no pretenden más que prevenir o evitar aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro determinados bienes que se reputan valiosos o dignos de protección, para lo cual establecen mandatos y prohibiciones cuya contravención lleva aparejada la imposición de una sanción. De ahí que su función esencial sea la preventiva o disuasoria, la de tratar de evitar los comportamientos que puedan lesionar tales bienes (29). Si tales normas consideran

(26) La pena, señalaron ya autores como MONTESQUIEU, BECCARIA, ROMAGNOSI y BENTHAM, debe ser «necesaria» y la «mínima de las posibles». *Vid.* L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4.ª ed., Madrid, Trotta, 2000, pág. 394.

(27) Sobre el principio de proporcionalidad, J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en el Derecho administrativo*, Sevilla, 1988; J. BARNÉS VÁZQUEZ, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, en el núm. 135 de esta REVISTA, págs. 495 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Principio de proporcionalidad (D.º Administrativo)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 5083 y ss.; E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la literatura especializada alemanas*, en «Poder Judicial», núm. 17, 1990, págs. 69 y ss.; y el monográfico de «Cuadernos de Derecho Público», núm. 5, 1998. Un certero análisis de los tres momentos en que opera el principio (predeterminación de la sanción por el legislador, determinación de la misma por parte del Juez y postdeterminación de la duración de la sanción en la fase ejecutiva) en el excelente libro de L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., págs. 397 y ss. En la jurisprudencia, SSTC 65/1986, 160/1987, 55/1996, 161/1997, 136/1999.

(28) STC 136/1999, donde se llega a afirmar que «se ha producido una vulneración del principio de legalidad en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas». Sobre el acierto de esta sentencia en la configuración del principio de proporcionalidad, S. HUERTA TOCILDO, «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad (Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, Madrid, CEPC, 2000, pág. 59; G. VALENCIA, «Derecho Administrativo Sancionador y Principio de legalidad», *idem*, pág. 159. Para L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., el de proporcionalidad constituye un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, en los que tiene su fundamento lógico y axiológico (pág. 398).

(29) BECCARIA lo expresó lúcidamente: «es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...] ¿los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los

que para la protección de un bien jurídico es suficiente y adecuado imponer una determinada sanción a los sujetos que con su comportamiento lesionan tales bienes, la imposición de dos o más sanciones por la realización de un tal comportamiento nada añade a esa finalidad preventiva y protectora de la norma sancionadora (30). En la medida en que con ello no se logra una mayor prevención de determinados comportamientos ni, por consiguiente, una mejor protección del bien jurídico en cuestión, la imposición de dos o más sanciones por unos mismos hechos no supone más que un derroche inútil y arbitrario de coacción y una injerencia pública innecesaria y excesiva en la esfera jurídica del ciudadano.

3. *Naturaleza jurídica: su relación con el principio de legalidad*

La reciente jurisprudencia constitucional (STC 136/1999) considera, como se acaba de ver, que la desproporción de la sanción prevista en un tipo penal vulnera el principio de legalidad. ¿Vulnera también dicho principio la desproporción o arbitrariedad que supone la imposición de dos sanciones por unos mismos hechos (esto es, la desproporción *en* la aplicación de la ley, frente a la anterior que es una desproporción *de* la ley)? El TC y buena parte de la doctrina conectaron desde bien temprano el *non bis in idem* con el derecho fundamental a la legalidad consagrado en el artículo 25 de la CE, consiguiendo con ello su más alta protección jurisdiccional (fundamentalmente la posibilidad de recurrir en amparo). El primero, desde su sentencia 2/1981, viene considerando que el principio *non bis in idem*, aunque no se encuentra recogido expresamente entre los derechos fundamentales, «va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25» (31). En la reciente sentencia 177/1999 reitera esa mis-

demás de la comisión de otros iguales» (*De los Delitos y de las penas*, traducción de J. A. DE LAS CASAS, Madrid, Alianza Editorial, 1990, cap. XII, págs. 45-46). La idea subyace en todo el movimiento utilitarista e ilustrado (HOBBS, LOCKE, THOMASIVS, MONTESQUIEU, VOLTAIRE, BLACKSTONE, BENTHAM, VON HUMBOLDT, etc.). Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., págs. 258 y ss., con abundantes citas.

(30) Lo cual también puede ser visto como una manifestación más de su fundamento en el principio de proporcionalidad, pues en la medida en que éste incluye, además de la proporcionalidad en sentido estricto, un juicio de idoneidad y otro de necesidad, la imposición de dos sanciones resulta carente de la idoneidad y de la necesidad precisas para garantizar la función propia de las normas sancionadoras. Sobre tales componentes del principio de proporcionalidad, E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO, *El principio...*, cit., págs. 83 y ss.; J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *La proporcionalidad de la norma penal*, en «Cuadernos de Derecho Público», núm. 5, 1998, pág. 163. En la jurisprudencia es muy expresiva la STS de 16 de mayo de 1990 (Ar. 4161).

(31) El Anteproyecto de Constitución reconocía expresamente en su artículo 9, junto

ma conclusión, ofreciendo una argumentación —antes no explicitada— acerca de las razones de tal ubicación: «la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito. Ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado».

La doctrina, sin embargo, no es unánime al respecto y sólo un sector de la misma considera que el *non bis in idem* constituye un corolario del principio de legalidad en el ámbito sancionador (32).

con los de publicidad y jerarquía normativa, seguridad jurídica, etc., el principio «de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos». La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas propuso trasladar el precepto al artículo 24 (el actual 25), junto con el principio de legalidad de las infracciones y sanciones, al objeto de poder introducir en él las oportunas matizaciones (fundamentalmente la precisión de su ámbito de aplicación en las denominadas relaciones de sujeción especial). Se suprimió, por ello, del artículo 9, pero, finalmente, no se introdujo mención alguna al *non bis in idem* en el artículo 24. El TC, en la referida sentencia y en otras muchas posteriores, alude a este hecho para reforzar su tesis de que dicho principio «va íntimamente unido al de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución». En otras sentencias las expresiones difieren: es un principio «enlazado con los de legalidad y tipicidad» (STC 21/1987, de 19 de febrero), que «ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad» (STC 150/1991, de 4 de julio), que «va íntimamente vinculado» a tales principios (STC 204/1996, de 16 de diciembre), o que «ha de estimarse comprendido en el artículo 25» (STC 221/1997, de 4 de diciembre). Todas las cursivas son mías.

(32) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., Madrid, Cívitas, 1988, pág. 246; G. QUINTERO OLIVARES, *La autotutela. Los límites del poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal*, en el núm. 126 de esta REVISTA, pág. 281; J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, págs. 178 y ss.; G. GARCÍA PLANAS, *Consecuencias...*, cit., pág. 123; A. CUERDA RIEZU, *El concurso...*, cit., pág. 844; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, «*Ne bis...*», cit., pág. 891; R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., pág. 82; S. HUERTA TOCILDO, «Principio...», cit., pág. 53; G. VALENCIA, «Derecho...», cit., pág. 165. La doctrina francesa también entiende que la desproporción que supone sancionar dos veces por lo mismo vulnera el principio de legalidad (F. MODERNE, *Sanctions...*, cit., págs. 263 y ss.). En Alemania se encuentra constitucionalizado expresamente en el artículo 103. III de la Ley Fundamental, por lo que constituye un derecho fundamental, aunque reduce su operatividad al ámbito penal: «Nadie puede ser condenado varias veces por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales». Vid. SCHROEDER, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes «ne bis in idem»*, en «Jus», 3/1997, pág. 230; SCHMIDT-ABMANN, en MAUNZ-DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, 1992, artículo 103.III marg. 288 (las citas en G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., pág. 305). En Brasil se entiende que su fundamento reside en el principio de proporcionalidad, pero también se conecta al principio de legalidad; vid. F. MEDINA OSÓRIO, *Direito...*, cit., págs. 279 y ss.

Para otros autores, sin embargo, la prohibición de *bis in idem* no tiene nada que ver con dicho principio, pues la «doble sanción no afecta en absoluto al principio democrático, siempre y cuando sea establecida en ambos casos por la ley», y tampoco contradice «necesariamente el principio de certeza, pues ambos ilícitos pueden estar clara y terminantemente formulados por la ley» (33). Estos argumentos son sólo sólidos en apariencia.

Frente a los mismos puede sostenerse que el principio de legalidad impone que los hechos tipificados como sancionables sean excluyentes, lo que conduce a la imposibilidad de admitir dos o más sanciones por un mismo hecho infractor y a establecer criterios para determinar qué norma de las varias concurrentes debe aplicarse (34). Como se ha afirmado, la predeterminación normativa de la sanción a imponer es tan consustancial al principio de legalidad como lo es la propia predeterminación de sus presupuestos (infracción), de modo que los tipos tanto penales como administrativos no desempeñan «exclusivamente una función garantizadora “negativa”, determinando “a contrario” ámbitos de libertad, sino también “positiva”, asegurando que para los hechos en ellos subsumibles no han de producirse consecuencias diversas a las previstas. La sanción asignada a cada ilícito expresa el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta, y se impone con pretensión de agotar tal desvalor. De ahí se infiere que la pretensión de volver a sancionar una ilicitud vulnera el principio de legalidad, pues supone, de modo indirecto, rebasar los límites de la sanción prefijados» (35).

(33) L. ARROYO ZAPATERO, *Principio...*, cit., pág. 19, a quien pertenecen tales argumentos, si bien considera la inclusión del *non bis in idem* en el contenido del artículo 25.1 CE «sumamente afortunada» (pág. 20); S. DEL REY GUANTER, *Potestad...*, cit., pág. 122. El principal argumento esgrimido se basa en una interpretación puramente literal del artículo 25: en la medida en que la CE no menciona explícitamente el *non bis in idem*, el TC —se dice— ha reconocido como derecho fundamental «algo que no está en el Constitución» (F. SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, pág. 132). Ello no sólo supone atribuir a la interpretación gramatical una prevalencia de la que no goza, sino desconocer que quizá sea ése el criterio menos indicado para interpretar las normas constitucionales. *Vid.* sobre esto último R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., pág. 77, con amplias referencias bibliográficas.

(34) R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., pág. 83.

(35) R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., págs. 82-83, para quien el reconocimiento del *non bis in idem* material en el artículo 25 de la CE ha de «contextualizarse en una estrategia global de interpretación material y teleológica, enderezada a subsanar las deficiencias advertidas por la doctrina en una “fórmula” tildada de “insatisfactoria” por no reunir el conjunto de exigencias formales y materiales que comporta el principio de legalidad», recordando igualmente los problemas que ha suscitado la inclusión en el artículo 25 de principios tales como los de taxatividad y prohibición de analogía *in malam partem* (pág. 76). A la misma conclusión, pero con otros razonamientos, llega S. HUERTA TOCILDO, «Principio...», cit.: «el principio de legalidad propio de un Estado democrático de Derecho incluye en su seno la prohibición de todo exceso por parte de los poderes públicos en el ejercicio

Esta funcionalidad excluyente del principio de legalidad (la sanción asigna a cada ilícito expresa todo el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta) me parece esencial para mantener la vigencia de la prohibición de doble sanción por los mismos hechos en nuestro ordenamiento. En efecto, si se considera que el único fundamento de dicha prohibición radica en el principio de proporcionalidad, podría entenderse que la imposición de una sanción penal y otra administrativa (o dos sanciones administrativas) por la comisión de un único ilícito no siempre estará prohibida, ya que no siempre tiene por qué resultar desproporcionada. Es más, podría argüirse —con toda lógica— que, del mismo modo que las normas penales pueden establecer varias penas para un solo delito (privación de libertad, multa e inhabilitación; art. 325 CP) o las normas administrativas sancionadoras varias sanciones por la comisión de una única infracción (multa y suspensión o retirada de determinadas autorizaciones; art. 67.4 Ley de Tráfico y Seguridad Vial), nada impediría —salvo que la acumulación de las sanciones fuera desproporcionada, pero, como digo, no siempre tendría por qué serlo— que para determinados ilícitos el legislador fragmentara su respuesta sancionadora en dos normas distintas: en una penal y en otra administrativa (o en dos administrativas), que se aplicarían de forma acumulada pero por autoridades diferentes (36). Pero esta concepción del *non bis in idem* conduciría realmente, según entiendo, a su propia desaparición (y se volvería a una situación similar a la existente durante la vigencia de la tesis de la diferenciación cualitativa entre penas y sanciones administrativas), pues las normas administrativas y, sobre todo, la propia Administración, en el entendimiento de que ello no es desproporcionado, procederían a prever y aplicar nuevas sanciones que complementarían la respuesta penal (o administrativa) dada a determinados ilícitos. Se trasladaría, por otra parte, al TC una carga excesiva y hartamente compleja, cual es la de ir determinando caso por caso cuándo la acumulación de sanciones penales y administrativas (o sólo administrativas, pues tampoco se tardaría mucho en generalizar esta práctica en el propio seno del Derecho administrativo sancionador, fundamentalmente entre normas estatales y autonómicas) resulta des-

del *ius puniendi*; exceso en el que se incurriría, indudablemente, de imponerse a una persona un doble castigo por unos mismos hechos y con idéntico fundamento, ya que la función de garantía de la libertad individual que está llamado a cumplir el derecho contenido en el artículo 25.1 CE se vería francamente distorsionada o rebajada si se admitiera la posibilidad de limitar dicha libertad más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido de evitación de comportamientos socialmente nocivos» (pág. 53).

(36) Debo esta idea al profesor REBOLLO PUIG que, al igual que mi maestro, el profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, la profesora CARBONELL PORRAS y los profesores HUERGO LORA, MUGA MUÑOZ, GUILLÉN CARAMÉS y MORENO FUENTES, han tenido la amabilidad de leer este trabajo y hacerme importantes precisiones sobre el mismo.

proporcionada y, por tanto, contraria a la CE (art. 9.1). Entiendo, por ello, que la funcionalidad excluyente del principio de legalidad debe mantenerse, y que hay incluso base constitucional para ello (37). En efecto, la idea de que la sanción (única o plural que sea) asignada a cada ilícito expresa todo el desvalor que el ordenamiento atribuye a una determinada conducta, puede encontrar respaldo en el propio art. 25 de la CE cuando afirma que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan «delito, falta o infracción administrativa» (38). La conjunción disyuntiva «o» empleada en dicho precepto puede ser entendida como la consagración de esa función excluyente de los tipos, de modo que un determinado comportamiento (que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico) podrá ser incluido o, por mejor decir, ser sancionado con arreglo a un tipo penal «o» a un tipo administrativo, pero nunca simultáneamente con arreglo a ambas o a varias de tales figuras (tipo penal y tipo administrativo, dos tipos penales, dos tipos administrativos) (39). El artículo 133 de la LAP es aún más explícito y confirma esta interpretación: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente...»

En cualquier caso, aun no admitiendo esa funcionalidad excluyente del principio de legalidad (con las importantes y graves consecuencias prácticas que ello acarrearía), la vinculación entre éste y el non bis in idem puede sostenerse también si se parte de que éste último está ya consagrado en nuestro Derecho y vedado por los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.1 CE); si bien, desde esta perspectiva, mucho más limitada, tal vinculación sólo se daría cuando realmente la doble sanción fuera desproporcio-

(37) Sobre todo, porque tampoco veo razón objetiva alguna que justifique la posibilidad de que el legislador fragmente en varias normas la respuesta sancionadora que merecen determinados comportamientos. Razones en contra sí que hay, pues con tal fragmentación o dispersión se le dificulta al ciudadano el conocimiento de las normas sancionadoras, contribuyendo de este modo a un mayor incumplimiento de las mismas.

(38) El legislador, sobre todo penal, consciente de esta función excluyente de los tipos, debiera por ello prever con mayor rigor y exhaustividad las sanciones (inhabilitación, privaciones de derechos mediante suspensiones o revocaciones de autorizaciones, etc.) que deben llevar aparejadas determinados comportamientos para lograr una adecuada protección de los bienes jurídicos implicados, evitando así la irracionalidad e injusticia que supone el que a veces resulte menos gravoso el que un determinado comportamiento se repete como delito que considerarlo infracción administrativa.

(39) En este sentido E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*, cit., págs. 246-247, aunque este autor parece moverse más bien en el ámbito de la creación del Derecho («una determinada acutación, activa u omisiva, podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de esas figuras a la vez»; la cursiva es mía), mientras que, en mi opinión, como ya anticipé (vid. *supra*, II.1), la prohibición de bis in idem no se mueve en el ámbito de la tipificación de los ilícitos (la superposición de tipos es algo inevitable, es el coste estructural de todo ordenamiento; vid. R. GARCÍA ALBERO «*Non bis...*», cit. págs. 139 y ss.), sino en el ámbito de la aplicación de las sanciones en ellos previstas.

nada y arbitraria. En la medida en que la imposición de doble sanción —cuando realmente resulte desproporcionada— está ya prohibida por la propia CE, la violación de esta prohibición supondría también una clara vulneración del derecho a la legalidad sancionadora consagrado en el artículo 25 CE. El ciudadano tiene la certeza, garantizada en el artículo 9.1 CE, de que por un solo hecho (que lesione un único bien jurídico) sólo se le va a aplicar una norma sancionadora. Si la Administración o los Jueces, al aplicar tales normas, imponen dos o más sanciones por la comisión de una sola infracción (penal o administrativa) vulneran tanto la vertiente formal del principio de legalidad como su vertiente material. La formal o reserva de ley porque se crea una nueva sanción no prevista (al menos desde el punto de vista de su aplicación) en ley alguna para la infracción cometida. La vertiente material (tipicidad y mandato de taxatividad) porque al imponerse dos o más sanciones por la comisión de una sola infracción se está vulnerando el derecho del destinatario de las normas, incluido en dicha garantía, a predecir con certeza y seguridad la responsabilidad que lleva aneja la comisión de una infracción (40).

Esto no implica que todas las manifestaciones del *non bis in idem* formen parte o se sustenten en el principio de legalidad (41). La generalidad y amplitud de aquel principio exige distinguir las distintas manifestaciones del mismo para determinar su vinculación o no a un derecho fundamental. En el ámbito sancionador, la vinculación de la prohibición de doble sanción al principio de legalidad me parece clara. Tratándose de la prohibición de doble enjuiciamiento hay que estar al tipo de proceso o procedimiento de que se trate. Si se abre un proceso judicial con un objeto idéntico a otro anterior sobre el que ya ha recaído una sentencia firme (cosa juzgada material) se incurre también en la prohibición de *bis in idem*, pero no puede afirmarse que se vulnera el principio de legalidad, aunque sí el derecho, también fundamental, a un proceso con todas las garantías o, incluso, a la ejecución de las sentencias en sus propios términos (art. 24.2 CE) (42). Cuando unos mismos hechos se someten a dos procedi-

(40) La garantía de tipicidad exige que las normas sancionadoras precisen, y su destinatario pueda saber, la concreta sanción de la que puede hacerse merecedor cuando viole tales normas e «impide que los órganos judiciales [y administrativos] puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas», razón por la cual también está vedada la interpretación extensiva y la aplicación analógica (STC 137/1997).

(41) En sentido similar, A. CUERDA RIEZU, *El concurso...*, cit., para quien el TC, al fundamentar el *non bis in idem* en el principio de legalidad, ha efectuado una «sinécdoque interpretativa, esto es, un tomar la parte por el todo, atribuyendo al género lo que es propio y sustancial de la especie» (pág. 844); R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., pág. 73; F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación...*, cit., págs. 419-420.

(42) STC 159/1987: «En el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del

mientos administrativos sancionadores, de forma simultánea o sucesiva, se incurre en *non bis in idem*, hay desproporción y arbitrariedad, pero resulta más difícil sostener que se vulnera algún derecho fundamental.

Es preciso, pues, distinguir las distintas manifestaciones del principio, ya que la calificación de alguna de las manifestaciones del *non bis in idem* como derecho fundamental tiene importantes consecuencias jurídicas. Así, la imposición de una sanción vulnerando el derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos determina la nulidad de pleno derecho del acto administrativo sancionador [art. 62.1.a) LAP], lo que a su vez tiene importantes consecuencias en cuanto a la posibilidad de su convalidación (art. 67 LAP), revisión de oficio y acción de nulidad (art. 102 LAP), etc. Desde el punto de vista jurisdiccional, el procedimiento a seguir en el orden contencioso-administrativo será el especial previsto en los artículos 114 y ss. LJ, siendo posible, por último, que cualquier ciudadano recabe la tutela de su derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo a través del recurso de amparo ante el TC (art. 53.2 CE).

Hasta aquí el significado, fundamento y naturaleza jurídica del *non bis in idem* en el ámbito sancionador, pero tales extremos nada dicen acerca del proceso o procedimiento que debe instruirse o de la pena o sanción que debe imponerse de las varias concurrentes, esto es, de la norma sancionadora que ha de prevalecer (43). Para responder esta pregunta se han arbitrado una serie de instrumentos o mecanismos que, a la vez que evitan la imposición de dos o más sanciones (o penas) y la tramitación de dos o más procedimientos (o procesos), sirven para determinar la norma sancionadora aplicable en cada caso.

amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior sentencia firme»; STS de 23 de diciembre de 1992: «El derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, que es una manifestación del principio *non bis in idem* en el ámbito del Derecho procesal, puede ser considerado como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos». En la doctrina, por todos, M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho...*, cit., pág. 93.

(43) Como destaca M. REBOLLO PUIG, *La potestad...*, cit., el *non bis in idem* parte de un concurso de normas y nos dice únicamente que hay que aplicar una, pero —así enunciado— no establece cuál (pág. 811). En el mismo sentido, A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pág. 405.

4. *Los instrumentos técnicos para garantizar el non bis in idem: la prevalencia de la vía penal y la teoría de los concursos*

En el ámbito estrictamente penal, la prohibición de imponer dos penas por un mismo delito se evita mediante las reglas sobre el concurso de normas (art. 8 CP) y con preceptos como los que prohíben tomar en consideración las agravantes «que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción» (art. 67 CP). La prohibición de tramitar de forma simultánea dos procesos penales se evita con la litispendencia y con las cuestiones de competencia entre los Jueces y Tribunales ordinarios (arts. 51 y 52 LOPJ y 19 y ss. LECrim); la de dos procesos penales sucesivos, con el efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada material (art. 666.2.^a LECrim).

Cuando sobre un mismo hecho son aplicables, sin embargo, una norma penal y otra administrativa, los preceptos citados no sirven para determinar cuál de ellas es la aplicable, por lo que debe acudir-se a otras soluciones. En tales supuestos, tanto el Derecho positivo como la jurisprudencia y la doctrina casi unánime se han inclinado por la precedencia de la vía penal sobre la administrativa, lo que determinaría también la paralización del procedimiento sancionador mientras se tramita el proceso penal. Sólo en el caso de que la sentencia penal fuera absolutoria podría reanudarse el procedimiento sancionador y, si procediera, imponerse la sanción administrativa correspondiente. Esta solución, que a pesar de las críticas recibidas es la constitucionalmente correcta, será analizada con detenimiento más adelante, donde expondré su verdadero fundamento y la necesidad de garantizar su efectivo cumplimiento. Lo que en este momento interesa destacar es que la regla de la prevalencia de la vía penal también resulta insuficiente para garantizar el *non bis in idem* en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, pues si el mismo hecho se encuentra tipificado en dos o más normas administrativas la referida regla no ofrece información alguna sobre cuál de ellas ha de aplicarse. Para responder a esta cuestión se ha propuesto acudir a los instrumentos técnicos del Derecho penal, en concreto a la teoría de los concursos (44).

Como se sabe, la dogmática jurídico-penal distingue entre concurso de normas (o leyes) y concurso de delitos. El concurso de normas tiene lugar cuando un determinado comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras, pero sólo una de ellas debe aplicarse porque basta por sí misma para aprehen-

(44) M. REBOLLO PUIG, *Potestad...*, págs. 833 y ss.; A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pág. 441.

der el total desvalor del hecho (45). Se habla, por ello, de concurso aparente, pues en realidad las normas desplazadas no concurren. En el concurso (aparente) de normas hay un solo delito, una sola infracción de la norma sancionadora, pues en realidad el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro. El artículo 8 CP recoge las reglas tradicionales (especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad) para decidir cuál de las normas concurrentes debe aplicarse (46). En el concurso de delitos, por el contrario, tal y como su nombre indica, hay una pluralidad de ilícitos. Puede ser real o ideal (el concurso medial —una infracción es medio para cometer otra— es en realidad un concurso real que recibe el mismo tratamiento jurídico que el ideal). En el concurso real varios hechos constituyen varias infracciones (pluralidad de hechos-pluralidad de infracciones), por lo que normalmente se imponen las penas correspondientes a las diversas infracciones cometidas (art. 73 CP) (47). En el concurso ideal también hay una pluralidad de infracciones, pero su singularidad reside en que las mismas derivan de un solo hecho (unidad de hecho-pluralidad de infracciones) (48). El hecho da lugar a dos o más infracciones porque se revela como pluriofensivo, es decir, lesiona o pone en peligro diversos bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) protegidos en distintos preceptos penales, ninguno de los cuales capta por sí mismo el total desvalor del hecho. El CP establece que cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer otra, «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones» (art. 77).

La teoría penal de los concursos me parece plenamente aplicable al Derecho administrativo sancionador, pero el papel que juega en dicha aplicación la necesidad de garantizar el *non bis in idem* difiere totalmente en una y otra modalidad concursal. El concurso de normas (o leyes) es un instrumento de garantía del *non bis in idem*. En caso de que un mismo hecho sea subsumible en varias normas, sufi-

(45) El ejemplo clásico que suelen poner los penalistas es el del que mata a otro con alevosía, que realiza un hecho subsumible tanto en el tipo de asesinato como en el de homicidio, pero es evidente que sólo cabe apreciar un delito, el de asesinato, cuya pena basta por sí sola para aprehender todo el desvalor del hecho. Otro ejemplo: el aborto y las lesiones que con él se causan.

(46) Vid. el comentario a dicho precepto de L. RODRÍGUEZ RAMOS, en M. COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 1999, págs. 333 y ss.

(47) Ejemplo: una persona mata al guarda de una finca y luego realiza un robo en la misma.

(48) Ejemplo típico: el que causa lesiones a un agente de la Autoridad comete el delito de lesiones y el de atentado.

cientes por sí solas para abarcar todo el desvalor o injusto del hecho, sólo una de ellas debe aplicarse, pues si se aplicaran conjuntamente se incurriría en *bis in idem*. El concurso de infracciones, sin embargo, nada tiene que ver con el *non bis in idem*. Su aplicación al Derecho administrativo sancionador no deriva de la necesidad de garantizar la prohibición de doble sanción por lo mismo, pues aunque se impusieran las sanciones correspondientes a cada infracción no se estaría sancionando lo mismo. La razón reside en que cuando estamos en presencia de un concurso de infracciones no se cumplen todos los requisitos del *non bis in idem*: o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona varios bienes jurídicos (concurso ideal). Ello no obstante, la aplicación de la teoría del concurso de infracciones parece clara en el Derecho administrativo sancionador, pues en favor de la misma no sólo juega el *ius puniendi* único del Estado o la aplicación analógica del CP, sino la propia previsión de esta modalidad concursal en determinadas normas administrativas (49).

III. EL CONCURSO ENTRE NORMA PENAL Y NORMA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

1. *La prevalencia de la norma penal: la necesidad de su preservación y su justificación en el carácter de ultima ratio del Derecho penal y en la competencia del Estado en la materia*

Cuando unos mismos hechos son a la vez constitutivos de delito e infracción administrativa, salvo que los bienes jurídicos protegidos por uno y otro tipo sean distintos, se produce un concurso de normas que se resuelve en favor de la norma penal (50). El TC así lo destacó en su sentencia 77/1983 al afirmar que «la subordinación de los

(49) Artículo 4 Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora, artículo 279 Código de la Circulación (aún vigente), artículo 94.2 de la Ley de Costas, artículos 16 y ss. de la Ley del Parlamento vasco sobre la potestad sancionadora.

(50) Si los bienes jurídicos difieren se produce un concurso ideal entre una infracción penal y otra administrativa (ejemplo: funcionario que en el ejercicio de su cargo injuria a otra persona o le causa unas lesiones). En tal caso también debe mantenerse la preferencia de la vía penal e, incluso, la necesidad de paralizar el procedimiento administrativo sancionador, ya que, al tratarse de un solo hecho, debe ser el Juez o Tribunal quien fije su concreto alcance y la participación o no en el mismo del presunto responsable. Ello no impedirá que, aun en el supuesto de sentencia condenando por el delito cometido, la Administración pueda reanudar el expediente sancionador e imponer, sobre la base de los hechos declarados probados, la sanción que proceda por la comisión de la infracción, ya que al tratarse de un concurso de infracciones (penal y administrativa) el *non bis in idem* no impide la dualidad de sanciones. *Vid.*, no obstante, *infra*, V.2.

actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera», lo que determina «la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta [...], mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos». Se trata del viejo principio *le criminel tient le civil en état*, ya consagrado en el artículo 114 LECrim, y que ahora reitera la LOPJ, cuyo artículo 10.2 dispone que «la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca» (51). Tanto el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 7) como la legislación administrativa sectorial reiteran esa precedencia de la vía penal y establecen la obligación de la Administración de abstenerse de continuar o iniciar un procedimiento sancionador en tanto la autoridad penal no se pronuncie (52).

No se ha acertado a resaltar, sin embargo, el verdadero fundamento de esta prevalencia de la vía penal, lo cual ha provocado el cuestionamiento mismo de la regla por parte de destacados autores y hasta su abandono en determinados supuestos excepcionales (imposición previa de una sanción administrativa) por parte del TC, hasta hace poco uno de sus principales valedores. La ubicación de dicha prevalencia en el propio artículo 25 de la CE, del que derivaría como límite a la potestad sancionadora de la Administración su «subordinación a la autoridad judicial» (STC 77/1983), ha sido debidamente contestada, pues tal subordinación no procede de tal precepto, sino de los artículos 24 y 106.1 CE, y se traduciría únicamente en el con-

(51) El artículo 114 LECrim dispone que: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndose, si le hubiere, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Sobre la consagración en tales preceptos del principio *le criminel tient le civil en état*, E. GÓMEZ ORBANEJA/V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10.ª ed., Madrid, 1987, pág. 416; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, II, cit., pág. 182.

(52) A título de ejemplo pueden citarse: artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, artículo 20 de la Ley de Residuos Tóxicos y Peligrosos, artículo 32 de la Ley General de Sanidad, artículo 2 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, artículo 107 de la Ley del Medicamento, artículo 63 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, entre otras muchas. La solución es similar en otros países como Alemania, Francia o Portugal. Vid. J. SUAY RINCÓN, «Las sanciones administrativas en el Derecho comparado: Italia y Alemania», en *Homenaje al profesor GARRIDO FALLA*, vol. II, Madrid, 1992, págs. 1406 y 1420; F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación...*, cit., págs. 90 y ss.; F. MODERNE, *Sanctions...*, cit., págs. 268 y ss.

trol por parte del orden contencioso-administrativo de las sanciones impuestas por la Administración (53). Por otro lado, como también se ha afirmado, la justificación de la prevalencia de la vía penal en la posición institucional prevalente de los tribunales carece de sentido cuando la sentencia es revisada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y se basa, además, en un doble juego de ficciones: que la sanción procede siempre de la Administración, sin que tenga efectos sobre ella la intervención de dicha jurisdicción, y que el proceso penal asegura mejor los derechos de los ciudadanos (54). También se ha afirmado que la «fundamentación última de esta subordinación estriba en la consideración de la jurisdicción [penal] como la sede punitiva por excelencia, de forma que la potestad administrativa para sancionar es considerada como “axilar” [sic] de la de carácter jurisdiccional» (55). Esta argumentación, sin embargo, lo que realmente supone es el desconocimiento mismo del artículo 25.1 CE, que, junto con otros preceptos constitucionales (arts. 25.3 y 45.3), reconocen de forma plena, y sin carácter ancilar o instrumental alguno, la potestad sancionadora de la Administración.

Tales quebras han llevado a varios autores (y parece que también al TC) a considerar más lógico y acertado el criterio cronológico o el previsto en la legislación italiana, donde se considera de aplicación preferente la disposición especial (56). El artículo 9 de la Ley 689/

(53) Una crítica rotunda a la referida doctrina del TC, en M. REBOLLO PUIG, *Potestad...*, cit., pág. 817 (por nota).

(54) A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pág. 423.

(55) S. DEL REY GUATER, *Potestad...*, cit., pág. 121. En sentido similar, W. OLEA GODOY, *El non bis in idem y la Ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana*, en «La Ley», 11 de diciembre de 1992, pág. 1139. Algo a lo que parece apuntar el propio TC cuando en la referida sentencia 77/1983 afirma que «en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría nunca estar en manos de la Administración».

(56) A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pág. 424; M. REBOLLO PUIG, *Potestad...*, cit., pág. 824; F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación...*, cit., pág. 587. Otros consideran incluso preferible la preferencia de la vía administrativa —J. CID MOLINÉ, *Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)*, en el núm. 140 de esta REVISTA, pág. 166—. La reciente STC 177/1999 supone una consagración del criterio cronológico, pues si la Administración incumple su deber legal y sanciona unos hechos que pueden ser constitutivos de delito, la jurisdicción penal ya no puede pronunciarse sobre ellos. El supuesto era el siguiente. La Junta de Aguas de Cataluña impuso al recurrente en amparo, con fecha 19 de octubre de 1990, una sanción de un millón de pesetas por una infracción a la legislación de aguas. La sanción, que no fue recurrida, fue satisfecha en su totalidad en fecha 6 de junio de 1991. Posteriormente (con fecha 3 de octubre de 1991) se incoaron diligencias judiciales por los mismos hechos y con fecha 1 de marzo de 1995 el recurrente fue condenado por un delito contra la salud pública y el medio ambiente a una pena de dos meses de arresto, suspensión de cargo público y multa de un millón, no obstante haber alegado en el proceso la vulneración del *non bis in idem* por haber sido sancionado previamente en la vía administrativa. En ejecución de sentencia, a fin de evitar la doble sanción por los mismos hechos, el Juzgado imputó al pago de la multa penal la cantidad antes satisfecha en vía administrativa. La sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia de Barcelona, cuya sentencia fue recurrida en amparo por vio-

1981, «di modifichete al sistema penale», dispone en este sentido que: «Cuando un mismo hecho está castigado por una disposición penal y por una disposición que prevea una sanción administrativa, o bien por una pluralidad de disposiciones que prevean sanciones administrativas, se aplica la disposición especial». Pero, cuando se pone este ejemplo, se pasa por alto la trascendental excepción que consagra el apartado 2 de ese mismo artículo, en la cual subyace ya parte del fundamento de dicha precedencia: «Sin embargo, cuando un mismo hecho es castigado con una disposición penal y por una *disposición regional o de las provincias autónomas de Trento y Bolzano* que prevea una sanción administrativa, se aplica en cualquier caso la disposición penal». No sólo se obvia esta importante excepción, sino la crítica de que es objeto la regla de la especialidad por parte de la propia doctrina italiana, la cual considera más acertada la solución alemana, de la prevalencia de la ley penal (art. 21 de la Ley de contravenciones) (57).

Aunque no se ha acertado a perfilar el verdadero fundamento de la misma, la solución correcta es la mantenida por nuestro propio Derecho: en caso de concurso entre norma penal y norma administrativa sancionadora debe prevalecer la primera. Así lo impone, entiendo, no sólo la legislación ordinaria (y orgánica), sino la propia

lación del *non bis in idem* (art. 25 CE). El TC anula tales sentencias por considerar, como ya se anticipó (*vid.* nota 12), que la perspectiva adoptada por los órganos judiciales «ha sido la meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del *ne bis in idem*, desatendiendo a su primordial enfoque sustantivo o material», a lo que añade (no sin cierta contradicción, pues ahora parece dejar fuera del *non bis in idem* lo que antes ha considerado su vertiente procedimental) que la circunstancia de que la Administración «incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal [...] producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (art. 25.1 CE), ajeno por completo a dicho incumplimiento y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo». Dicha sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios críticos, fundamentalmente por parte de penalistas, esgrimiendo distintos argumentos: no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabía la doble sanción; había otras soluciones como anular la sanción administrativa mediante el recurso de revisión, etc. *Vid.* M. CORCOY BIDASOLO/J. I. GALLEGU SOLER, *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental*, en «Actualidad Penal», núm. 8, 2000, págs. 159 y ss.; M. PULIDO QUECEDO, «*Ne bis in idem*»: ¿un nuevo enfoque sustantivo?, en «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», enero de 2000, págs. 9 y ss.; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio «ne bis in idem»*, en «Actualidad Penal», 2000, págs. 473 y ss.; A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Principio «ne bis in idem»: ¿una nueva doctrina constitucional?*, en «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», marzo de 2000, págs. 35 y ss.; A. VERCHER NOGUERA, *La incorporación del principio «el que no corre vuela» en Derecho Constitucional*, en «Derecho y Medio Ambiente», núm. 2, 2000, págs. 201 y ss.; F. NAVARRO CARDOSO, *Infracción...*, *cit.*, págs. 34 y ss.

(57) E. DOLCINI/C. E. PALIERO, *I principi generali dell'illecito amministrativo nel disegno di legge modifichete al sistema penale*, en «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1980, pág. 117; P. PIERGALLINI, *Il concorso di norme penali e norme sanzionatorie amministrative al banco di prova della Corte costituzionale: chiaroscuri de una decisione importante*, en «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1989, pág. 782; M. A. SANDULLI, voz «Sanzione. Sanzioni amministrative», en *Enciclopedia giurídica Treccani*, Roma, 1991, pág. 13.

CE. El primer argumento constitucional en favor de dicha regla deriva de la cláusula del Estado autonómico, del propio sistema constitucional de distribución de competencias. La CE, como es de sobra conocido, reserva en exclusiva al Estado la «legislación penal» (art. 149.1.6.^ª). El Estado es el único competente para determinar qué comportamientos han de reputarse delito o falta y ser objeto de una pena, por lo que sólo a él corresponde en exclusiva decidir qué bienes jurídicos han de ser protegidos mediante las normas penales. Pero dicha competencia puede verse parcialmente cercenada o burlada si, en caso de conflicto entre una norma penal y otra administrativa autonómica, se admite como criterio de resolución el cronológico o el de especialidad. Si un mismo hecho ha sido tipificado por el Estado como delito o falta y como infracción administrativa por una determinada Comunidad Autónoma (obviamente en aquellas materias de su competencia) y el bien jurídico protegido en uno y otro caso coincide, el criterio cronológico podría conducir a que una rápida tramitación del expediente sancionador por parte de la Administración autonómica (normalmente más cercana a los hechos que las autoridades judiciales) determinara la imposibilidad de que los órganos judiciales pudieran aplicar la norma estatal y proteger penalmente los bienes lesionados o puestos en peligro por los hechos enjuiciados. Si es el criterio de especialidad el que se adopta, las CC.AA. podrían vaciar de contenido o, más exactamente, dejar inaplicada una parte del CP (la que alude a materias en las que las CC.AA. gozan de competencias: ordenación del territorio, patrimonio histórico, medio ambiente, flora y fauna, consumidores, etc.) con el simple recurso de tipificar en sus leyes infracciones administrativas que presenten algunas especialidades respecto de los tipos penales.

Si la concurrencia se da entre una norma penal y otra sancionadora estatal, los argumentos en favor de la prevalencia de la primera derivan del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal y el propio sistema de fuentes establecido en la CE.

El Derecho penal constituye la última de entre todas las medidas que es dable utilizar para proteger bienes jurídicos, de modo que sólo puede intervenir (esto es, el Estado sólo lo puede utilizar) cuando se considere que los demás medios de protección (responsabilidad civil, medidas de policía, sanciones administrativas, etc.) resultarán inadecuados o insuficientes. Por ello se considera que la pena constituye la *ultima ratio* y su misión es definida como protección subsidiaria de bienes jurídicos (58). Pero este principio no sólo tiene

(58) C. ROXIN, *Derecho...*, cit., págs. 65-66. En nuestro país, E. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid, Tecnos, 1999, págs. 28 y ss.;

una dimensión negativa o limitadora (que exige utilizar el Derecho penal sólo en ese caso), sino también otra positiva y fundamentadora: si el legislador competente, dentro del margen de estimación de que goza para ello, considera que determinados bienes jurídicos o determinados ataques a los mismos han de ser protegidos por el Derecho penal porque los demás medios de reacción resultarían insuficientes, esa decisión es indisponible (salvo para el propio legislador orgánico) y debe ser mantenida, pues de lo contrario los referidos bienes se verían privados de la tutela reforzada que se les ha dispensado a través del Derecho penal (59). El Estado, vimos que decía el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, «no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente *necesarias*». Pero de lo que en último término se ha considerado necesario no puede prescindirse; lo necesario no puede considerarse, sin incurrir en clara contradicción lógica y semántica, contingente, disponible u opcional. Y ello es lo que ocurriría si, ante un concurso de normas penales y administrativas, se admitiera la aplicación de la primera en el tiempo o de la que resulte especial. Más aún: si se aplicara el criterio cronológico, las consecuencias penales de los comportamientos podrían quedar a disposición de la propia Administración o, incluso, de los propios particulares cuando aquélla actuara previamente, pues éstos podrían evitar un posterior proceso penal no recurriendo la sanción y cumpliendo su contenido.

S. MIR PUIG, *Derecho...*, cit., págs. 89-90. Como ha señalado el primero de los autores citados, esta limitación del Derecho penal «se desprende del principio de proporcionalidad que, a su vez, se puede derivar del Estado de Derecho: en la medida en que el Derecho penal permite la más dura de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico».

(59) Ambas dimensiones no sólo difieren en su contenido, sino también en su destinatario. La que aquí denomino dimensión negativa constituye una prohibición dirigida al legislador competente que sólo le permite utilizar el Derecho penal cuando no haya otro recurso menos gravoso. La dimensión positiva constituye un mandato dirigido al aplicador del Derecho según el cual debe utilizar dicha rama del Derecho porque se ha considerado que el recurso a ella es necesario. Por ello, no comparto la opinión de J. CÍD MOLINÉ, *Garantías...*, cit., págs. 165 y 166, según la cual la preferencia por la vía penal supone una opción criticable desde el principio de *ultima ratio*, pues, en mi opinión, una vez decidido, con arreglo a este principio de política legislativa, que no queda más remedio que recurrir al Derecho penal, éste no es disponible por el aplicador del Derecho o por el propio legislador (no orgánico). El legislador lo que quizás debiera hacer es aplicar con más rigor el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, no sólo a la hora de seleccionar debidamente los comportamientos que deben prevenirse mediante una amenaza de sanción penal, sino también en el momento de configurar la respuesta sancionadora, reservando la mayor gravedad para la penal; de lo contrario, dicho principio quedará reducido a algo sin contenido material alguno y el Derecho penal pasará a ser concebido como una alternativa más —no la última— entre otras posibles.

Por otra parte, la adopción de tales criterios, por parte del legislador o de la práctica judicial o administrativa, podría suponer un desplazamiento de las competencias de la jurisdicción penal a la Administración, que se erigiría así en la dueña y señora del *ius puniendi* del Estado, vulnerando de este modo la reserva de jurisdicción establecida en el artículo 117.3 de la CE (60).

Ello socavaría, además, el propio sistema de fuentes diseñado por la CE. El legislador estatal (orgánico), ha dicho el TC, tiene atribuida una potestad exclusiva plena «para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996 y 136/1999). Pero dicha potestad se vería seriamente cuestionada y la aplicación de ley orgánica en que se traduce desplazada si, en caso de conflicto con ésta, se considera prevalente una ley administrativa sancionadora ordinaria que se aplica primero en el tiempo o se reputa especial. Autorizadas voces en la materia han sostenido, sin embargo, que «resulta perfectamente admisible que una Ley aprobada como ordinaria conforme a la Constitución desplace en su aplicación a una Ley orgánica cuando aquélla se ajusta más adecuadamente al supuesto de hecho del que se trata» (61). Pero si se admite esto, el legislador ordinario (y la mayoría que representa) desplazaría siempre que quisiera al orgánico (y a la mayoría en él representada), pues no tendría más que reproducir en los tipos administrativos la descripción de los tipos penales e incluir en ellos determinados aspectos o particularidades que condujeran a su especialidad respecto de estos últimos.

La doctrina de la reciente STC 177/1999, al consagrar la inaplicabilidad de la ley penal cuando la Administración se anticipa e impone una sanción administrativa por unos hechos que también son constitutivos de delito, supone una grave quiebra de la prevalencia de la vía penal sobre la administrativa y un desconocimiento del fundamento de la misma en el propio texto constitucional, así como de la reserva constitucional de jurisdicción en favor del Poder Judicial (62). El TC considera erróneamente que, cuando la Administra-

(60) Sobre la existencia en nuestro texto constitucional de una reserva de jurisdicción que deriva de dicho precepto y que supone la reserva de determinadas decisiones —la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado— a los Jueces y Magistrados, S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989.

(61) M. REBOLLO PUIG, *Potestad...*, cit., págs. 824 y 845.

(62) El voto particular a la referida sentencia, formulado por los Magistrados don Pedro Cruz Villalón y doña Emilia Casas Bahamonde, destaca acertadamente la necesidad de mantener la preferencia de la vía penal buscando en nuestro Derecho las «medidas que permiten corregir una hipotética actuación administrativa que prescinda de la preferencia

ción incumple su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y abstenerse de sancionar unos hechos que pueden ser constitutivos de delito, el derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por lo mismo sólo queda garantizado vetando la actuación penal y admitiendo la sanción administrativa ya impuesta, lo que viene a suponer la consagración, en tales casos, de un criterio puramente cronológico en la resolución del conflicto de normas. El fundamento constitucional en que descansa la prevalencia de la vía penal exige utilizar todos los medios o instrumentos que ofrece nuestro Derecho (o, en su defecto, abogar por su inmediata reforma) para dejar sin efecto la sanción administrativa impuesta incumpliendo dicha regla, haciendo así compatible el derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos con la regla, bien asentada constitucionalmente, de la prevalencia de la ley penal sobre la administrativa sancionadora. De tales instrumentos me ocuparé en el apartado 4 de este epígrafe.

2. *La prohibición de tramitar de forma simultánea un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador*

Los artículos 114 LECrim y 10.2 LOPJ consagran, como se vio, la tradicional automaticidad del efecto suspensivo de la prejudicialidad penal: la existencia de una cuestión prejudicial penal, dispone este último precepto, «determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca». Esta regla, como ha señalado la doctrina más autorizada, es también aplicable al procedimiento administrativo sancionador en curso (63). Así lo han entendido la mayor parte de las leyes administrativas sectoriales y el propio Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora, cuyo artículo 7 dispone que cuando la Administración aprecie que los hechos constitutivos de infracción pudieran también serlo de delito o falta lo comunicará al Ministerio Fiscal y acordará, en el momento en que se encuentre, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador (64).

en favor de la jurisdicción penal que se deriva de la Constitución». No dice, sin embargo, cuáles son esas medidas.

(63) E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, II, pág. 182. La STC 77/1983 destacó «la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos».

(64) El artículo 262 de la LECrim establece la obligación de denunciar inmediatamente a la autoridad competente el conocimiento de cualquier clase de delito público,

Esta regla, que es clara y parecía asentada, es relegada por algunas normas, entre las que destacan la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 32.2), la de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 8.2), la propia Ley orgánica del Poder Judicial (art. 415), la reciente Ley de reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial (art. 65.1) o el Reglamento sobre Disciplina Deportiva (art. 34.2), las cuales, al admitir que la Administración prosiga el procedimiento sancionador hasta el momento de dictar resolución, permiten la tramitación simultánea de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador sobre los mismos hechos (65). En estas excepciones subyace un incorrecto entendimiento del verdadero fundamento de la suspensión del procedimiento sancionador mientras se tramita uno penal por los mismos hechos. Al considerarse que lo que debe quedar garantizado es, únicamente, la prohibición de la doble sanción, así como la prevalencia de la norma penal sobre la administrativa sancionadora, se entiende que para ello es suficiente con disponer que «no se dictará resolución hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal», permitiendo la tramitación completa del expediente sancionador hasta el momento de dictar resolución. Pero la tramitación simultánea de dos procedimientos (uno penal y otro administrativo) supone, en mi opinión, una clara vulneración del *non bis in idem*, que, como vimos, no sólo garantiza la prohibición de dos sanciones por los mismos hechos, sino también su doble enjuiciamiento (66).

Cuando unos hechos pueden ser constitutivos, a la vez, de delito e infracción administrativa, el sometimiento de los mismos a un enjuiciamiento paralelo supone (salvo que ello esté debidamente justificado por atender a la protección de otros bienes e intereses que el Derecho considera prevalentes) una carga arbitraria y desproporcionada

cuando se tiene conocimiento del mismo por razón de cargo, profesión u oficio. Su incumplimiento acarrea una sanción disciplinaria ridícula (de 25 a 250 pesetas). No obstante, el CP establece un tipo en la materia, aunque no abarca todo incumplimiento ya que exige intencionalidad: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años» (art. 408).

(65) La reciente STC 152/2001 insiste en la necesidad de que la Administración comunique a la autoridad judicial los hechos que puedan ser constitutivos de delito y se abstenga. «a la vista de la incoación del proceso penal, de continuar con el procedimiento administrativo sancionador».

(66) No comparto la opinión de quienes consideran que esta otra manifestación (a la que denominan procesal) del *non bis in idem* constituye únicamente «un medio para evitar el riesgo de efectiva lesión del principio *non bis in idem* en su vertiente material [prohibición de doble sanción]», «un principio accesorio o coadyuvante del auténticamente importante: el *non bis in idem* material» (G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., págs. 307, 331). La prohibición de doble enjuiciamiento goza de sustantividad propia, pues trata de proteger al ciudadano de la carga o perjuicio innecesario y desproporcionado que supone el que los poderes públicos le sometan a más de un proceso por unos mismos hechos.

para el ciudadano responsable de ellos, que tiene que estar defendiéndose ante órdenes distintos de una acusación que sólo en uno de ellos puede prosperar. Por otra parte, si, como señala la jurisprudencia constitucional y la totalidad de las normas sobre el particular (entre ellas la propia LAP, art. 137.2), los hechos declarados probados por la jurisdicción penal vincularán a la Administración, carece del más mínimo sentido tramitar un procedimiento sancionador sobre unos hechos cuya fijación todavía no ha sido realizada por dicha jurisdicción. Resulta contrario a la CE, por arbitrario y carente de toda racionalidad, someter a un sujeto a un procedimiento administrativo sancionador por unos hechos cuya existencia misma puede ser negada (o matizada) por la jurisdicción penal o respecto de los cuales se puede negar toda participación del sujeto al que se imputan. En la medida en que la resolución penal puede condicionar no sólo el contenido de la resolución administrativa, sino toda la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, la solución lógica y racional sólo puede ser la de suspender el procedimiento en el estado en que se encuentre (67). La crítica desde el punto de vista de la eficiencia y eficacia administrativa también parece evidente: emplear medios materiales y personales en la tramitación de un procedimiento administrativo que puede quedar invalidado en su totalidad por un posterior pronunciamiento penal contradice abiertamente los principios de eficacia y eficiencia que, según la CE (arts. 103.1 y 31.1), han de inspirar la actuación de las Administraciones Públicas (68).

(67) Este es, precisamente, el criterio que la nueva LEC tiene en cuenta para decidir si la prejudicialidad penal suspende el proceso civil en el estado en que se halle o en el momento inmediatamente anterior a dictar sentencia. La regla general es esta última: la suspensión del proceso civil no se decreta cuando se tiene conocimiento de la cuestión prejudicial penal, sino una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia (art. 40.3). Sin embargo, cuando la cuestión prejudicial penal consiste en la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados al proceso civil, la suspensión de éste «se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto» (art. 40.4 LEC). Como ha destacado la doctrina, «la razón de ser de esta norma especial es que, tratándose de este importante medio de prueba, la resolución puede afectar, no sólo al contenido de la sentencia civil, sino también, antes, a la entera táctica y estrategia procesales de las partes, por lo que lo lógico es suspender el proceso en el estado en que se encuentre» (A. DE LA OLIVA SANTOS/I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil...*, cit., pág. 548). Más claro aún en A. DE LA OLIVA SANTOS/M. A. FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, II, Madrid, Ceura, 1991, donde se señala que el problema suspensión del fallo *versus* suspensión del procedimiento debe resolverse «suspendiendo el procedimiento en el estado en que se hallara si la solución de la cuestión penal pudiese condicionar la actividad procesal anterior a la sentencia y suspender el plazo para dictar sentencia cuando esa cuestión no afectase a dicha actividad, sino únicamente a la sentencia misma» (pág. 547). En el mismo sentido, C. SENÉS MOTILLA, *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pág. 117.

(68) Un detenido estudio de tales principios en L. PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, MAP, 1995, págs. 89 y ss.

Por consiguiente, las normas que permiten la continuación (sin justificación razonable) del procedimiento administrativo sancionador mientras se tramita uno penal por los mismos hechos deben reputarse inconstitucionales, por irracionales y arbitrarias (art. 9.1 CE) (69). Si la Administración no respeta dicha prohibición, el ciudadano puede solicitar la suspensión del procedimiento y recurrir la actividad administrativa expresa o presunta denegando dicha suspensión (cuando menos, dicha actividad puede ser calificada como un acto de trámite que produce un «perjuicio irreparable» —art. 107 LAP— al derecho de toda persona a no ser enjuiciado dos veces por lo mismo). También podría dirigirse al Juez penal que tramita el proceso penal por los mismos hechos para que éste requiera de inhibición a la Administración y, en su caso, plantee un conflicto de jurisdicción (art. 9 LOCJ), ya que la actuación de la Administración puede menoscabar la competencia del Juez para conocer de las causas criminales (arts. 9.3 LOPJ y 1 LECrim).

3. *La posibilidad de tramitar un procedimiento administrativo tras uno penal absolutorio*

Cuando se respeta la preferencia de la vía penal y los tribunales de este orden consideran que los hechos enjuiciados son constitutivos de delito, la Administración no podrá imponer posteriormente sanción alguna. Como tampoco si la resolución penal declara la inexistencia de los hechos o la falta de participación en ellos del imputado. Las distintas normas administrativas permiten, sin embargo, la reanudación del procedimiento administrativo sancionador cuando el penal ha concluido con sentencia (o resolución firme) absolutoria que no declare tal inexistencia o falta de participación (70). Aunque ello no viola la prohibición de doble sanción, pues ninguna se ha impuesto previamente,

(69) La Ley de Procedimiento Laboral establece (arts. 4 y 86) que en ningún caso, salvo en el supuesto de falsedad documental, se suspenderá el procedimiento laboral por seguirse causa criminal sobre los mismos hechos debatidos. Pero ello se justifica en la necesidad de proteger otros intereses, en concreto el principio de celeridad que inspira dicho procedimiento (SSTC 24/1984, 36/1985), y, en todo caso, se garantiza la vinculación de la jurisdicción laboral a la posterior declaración penal de inexistencia del hecho o no participación en el mismo del imputado, articulando tales supuestos como un nuevo motivo de revisión.

(70) Artículo 120 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, artículo 119 de la Ley de Puertos, artículo 32.2 de la Ley General de Sanidad, artículo 20 de la Ley de Residuos Tóxicos y Peligrosos, artículo 37.4 de la Ley de Espacios Naturales, artículo 30 de la Ley de Industria, artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, artículo 9.4 de la Ley de Control de Cambios, artículo 74.1 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, entre otras muchas. Algunas leyes condicionan dicha reapertura únicamente a una sentencia absolutoria. A ella debe equipararse el auto de sobreseimiento libre cuando declara que el hecho no es constitutivo

podría entenderse que no se respeta la prohibición de doble enjuiciamiento de los mismos hechos, pues primero se enjuician en la jurisdicción penal y después por los órganos administrativos (71).

Sin embargo, si bien se mira, no hay vulneración de esta concreta manifestación del *non bis in idem*. En primer lugar, porque es más que dudoso que pueda hablarse de doble enjuiciamiento, pues el primero —el penal— es sólo parcial. En segundo lugar, porque aun suponiendo que hay dos enjuiciamientos, la apertura o reapertura de un procedimiento sancionador tras uno penal absolutorio no resulta desproporcionada y arbitraria, por lo que no se vulnera el fundamento material del *non bis in idem*. Su explicación reside y la solución se justifica en la distribución del ejercicio del *ius puniendi* en nuestro Derecho entre la jurisdicción penal y las Administraciones Públicas (arts. 25 y 45 CE). En rigor, la jurisdicción penal hace un enjuiciamiento parcial de los hechos, los cuales sólo son analizados desde la vertiente puramente penal que le compete. Pero, dado que tales hechos también pueden ser enjuiciados desde la perspectiva administrativa sancionadora, en la que el orden penal no puede entrar, parece lógico y razonable que los órganos (administrativos) a quienes corresponde este tipo de enjuiciamiento procedan al mismo cuando los hechos no se hayan considerado delictivos. Puede que los hechos enjuiciados en el ámbito penal no sean constitutivos de delito, pero eso no excluye su posible calificación como infracción administrativa, dada la distinta configuración que suelen presentar en uno y otro ámbito los tipos de infracción tanto en su parte objetiva como subjetiva (72).

de delito, pues puede serlo de infracción administrativa, o la falta de responsabilidad criminal del procesado como autor, cómplice o encubridor, pues puede que la exigente aplicable en el ámbito penal no lo sea en el administrativo sancionador (vid. arts. 634 y ss. LE-Crim). El TC, en su sentencia 77/1983 y en otras posteriores, también admitió la posibilidad de la tramitación sucesiva de ambos procedimientos al señalar que el *non bis in idem* conduce «a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (las cursivas, salvo la primera, son mías). En Auto 355/1991 (cuya referencia tomo de G. VELENCIA, *El principio...*, cit., pág. 172), el TC declaró que el *non bis in idem* «no impide que sea compatible la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos», lo cual supone necesariamente una dualidad de enjuiciamientos: uno primero penal, donde se declara que los hechos no encajan en un tipo penal, y otro posterior administrativo, donde se afirma que tales hechos constituyen infracción administrativa.

(71) Una crítica en este sentido, en G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., págs. 332 y ss.

(72) En sectores como el del tráfico rodado esta distinta configuración se ve claramente. Un hecho puede que no sea constitutivo de delito porque la norma penal configura un tipo doloso (art. 384 CP, conducción con «consciente desprecio para la vida de los demás»), pero sí infracción administrativa por subsumirse el hecho en un tipo de infracción que sólo exige culpa (art. 65.5 Ley de Tráfico, conducción temeraria); o que se compruebe en el pertinente proceso penal que los hechos no producen el peligro concreto que exige la

En el ámbito penal, como es sabido, el *non bis in idem* impide que unos mismos hechos, de los que resulta absuelto en firme el acusado, puedan ser objeto de una nueva acusación en otro proceso, por el mero hecho de un cambio de perspectiva acusatoria. Por ello, la LECrim «dispone la posibilidad, sabiamente prevenida en el artículo 733 para que el Tribunal plantee a las acusaciones (y éstas eventualmente hagan suya) una diferente calificación jurídica de los hechos enjuiciados, que, respetando en todo caso el principio acusatorio y el de defensa, permita agotar el ejercicio del *ius puniendi* estatal en relación con una determinada conducta del acusado, desde la perspectiva jurídico penal más correcta, en un único enjuiciamiento» (73). Pero, obviamente, esta previsión no es aplicable cuando la diferente calificación jurídica se enmarca en un sector, el Derecho administrativo sancionador, en el que la jurisdicción penal carece de competencia (74). Han de ser los órganos competentes para esa diferente calificación quienes procedan a ella, pues sólo así se dará una adecuada respuesta (eventualmente sancionadora) por parte del ordenamiento a los hechos cometidos contraviniendo sus normas. Por ello, en dicha posibilidad, más que un doble enjuiciamiento, debe verse la continuación del enjuiciamiento de unos hechos que permita agotar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado por parte de los órganos que tienen reservada una concreta manifestación del mismo (la de aplicar las normas administrativas sancionadoras) y de la que carecían los órganos penales que se pronunciaron —sólo parcialmente— en primer lugar (75).

norma penal (conducción temeraria del art. 381 CP), pero sí la situación de peligro abstracto que exige la norma administrativa (conducción negligente o temeraria del art. 65.5 de la Ley de Tráfico); o, en fin, que el hecho enjuiciado no realice en su totalidad la parte objetiva del tipo penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, art. 379 CP), pero sí la del tipo de infracción administrativa (conducción con tasas de alcohol superiores a las permitidas, art. 65.5 Ley de Tráfico). Una coincidencia total entre los tipos debería llevar a la imposibilidad de reabrir el procedimiento administrativo tras uno penal absoluto.

(73) STS de 11 de enero de 2000 (Ar. 188).

(74) Se habla, por ello, de limitaciones al efecto preclusivo de la cosa juzgada penal en el procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., quien afirma que «ello es consecuencia directa de la imposibilidad que tiene el juez penal de conocer y sancionar ilícitos administrativos realizados en unidad de hecho con un delito», algo que no sucede en otros ordenamientos próximos, como el italiano y el alemán, en los que el Juez penal puede imponer sanciones administrativas cuando la infracción aparezca conectada con el delito (pág. 65, por nota).

(75) En el propio proceso penal se prevé la posibilidad de lo que, erróneamente, podría ser calificado de doble enjuiciamiento: así, cuando se haya decretado el sobreseimiento libre por el motivo previsto en el artículo 637.3 LECrim (que el hecho no sea constitutivo de delito) y el hecho pudiera ser constitutivo de falta, se mandará remitir la causa al Juez competente para la celebración del juicio de faltas (art. 639 LECrim). La doctrina entiende, sin embargo, que el sobreseimiento ha de ser provisional y que, en realidad, se trata de la continuación del mismo enjuiciamiento.

4. *Un problema aún pendiente: la tramitación previa de un procedimiento administrativo y la imposición anticipada de la sanción administrativa. Posibles soluciones*

Cuando la Administración contraviene el deber que tiene de paralizar (o no iniciar) un procedimiento sancionador sobre unos hechos que pueden ser constitutivos de delito y llega, incluso, a imponer una sanción administrativa, la solución no puede consistir, como apunta la STC 177/1999, en considerar válida la actuación administrativa e impedir la actuación posterior de la jurisdicción penal, ya que ésa sería la única forma de garantizar la prohibición de doble sanción (76).

(76) Esta es la idea que subyace en el razonamiento del TC en dicha sentencia, que, como ya apunté, resuelve un supuesto en el que un Juzgado de lo Penal condenó a un sujeto por unos hechos previamente sancionados en vía administrativa, aunque aplica la cantidad abonada en concepto de sanción administrativa (un millón de pesetas) al pago de la sanción penal. En lo que ahora interesa, el TC señala que «en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia por la Administración sancionadora de la legalidad aplicable», de modo que, «irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento». En la reciente sentencia 152/2001, el TC incurre en el extremo opuesto y admite la doble sanción por los mismos hechos. Un ciudadano contra el que se había incoado un procedimiento sancionador por alcoholemia no alega en el mismo que está siendo sometido a un proceso penal por los mismos hechos. Se le impone primero la sanción administrativa, que cumple, y, posteriormente, otra penal, que recurre en amparo al TC solicitando su nulidad por vulneración del *non bis in idem*. Para el TC, de prosperar este planteamiento del recurrente, el «gravamen punitivo» de su conducta quedaría limitado «a un nivel muy inferior al que hubiera sido posible, de haberse ejercitado la potestad punitiva penal como única [...] En otros términos, que la sanción administrativa más exigua, incorrectamente impuesta y tolerada con su pasiva actuación, le serviría de escudo frente a la correcta imposición de la sanción más grave». El TC desestima el amparo acudiendo a un argumento puramente procesal (aunque lo que realmente tiene en mente es, como llega incluso a afirmar, «el efecto real del hipotético éxito de la pretensión del demandante») cual es que no había invocado «en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello» (art. 44.1 LOTC), pues no había alegado en el procedimiento sancionador que los hechos enjuiciados eran objeto de otro proceso penal. Pero, en rigor, el demandante no podía alegar en tal momento la vulneración del *non bis in idem* en su modalidad de prohibición de doble sanción, ya que ninguna se le había impuesto, sino a lo sumo la vulneración de la prohibición de doble enjuiciamiento. El TC en el f.º 6.º trata de salvar este escollo diciendo que lo que el demandante impugna realmente no es la «vertiente material o sustancial del *non bis in idem*, sino el hecho de la duplicidad de procedimientos sancionadores (lo que corresponde a lo que viene calificándose como vertiente procedimental del principio)». Sin embargo, de los propios antecedentes de la sentencia se deduce que el recurrente no pide en la demanda que se reconozca su derecho a no ser enjuiciado dos veces por lo mismo, sino a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, razón por la cual pide, mediante otrosí, la suspensión de la ejecución de la sentencia penal. La argumentación del TC serviría, en todo caso, para desestimar la demanda de amparo por vulneración de la prohibición de doble enjuiciamiento, pues el recurrente podría haberla alegado y evitado en el procedimiento sancionador. Pero no para desestimar una demanda por vulnera-

Es preciso apurar los instrumentos que ofrece nuestro Derecho para dejar sin efecto la actuación administrativa y restablecer, sin que sufra menoscabo alguno el derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo, la aplicación prevalente de la ley penal, dadas las sólidas y fundadas bases en que dicha prevalencia descansa (77). En su defecto, a la doctrina corresponde denunciar las insuficiencias normativas que imposibilitan tal compatibilidad y proponer las reformas que permitan garantizar la prevalencia de la vía penal y el derecho a no ser sancionado dos veces.

Los remedios que ofrece nuestro Derecho para impedir una actuación administrativa contraria a la precedencia del enjuiciamiento penal varían en función de la fase en que se encuentre la actuación administrativa.

i) Si la Administración no acuerda la suspensión del procedimiento sancionador mientras se está tramitando un proceso penal sobre los mismos hechos, el Juez o Tribunal de lo Penal (de oficio o a instancia de parte) puede acudir a la vía del conflicto de jurisdicción y requerir de inhibición a la Administración (art. 9 LOCJ), citando al efecto los preceptos legales de aplicación al caso y aquellos en que se apoye para reclamar el conocimiento del asunto, es decir, aquellos preceptos que establecen la preferencia de la vía penal y ordenan la suspensión del procedimiento administrativo sancionador. Si la Administración decide mantener su jurisdicción, queda planteado el conflicto (art. 12).

ii) En el caso de que la Administración no sólo no acuerde la suspensión, sino que además haya dictado resolución sancionadora, habrá que ver si la misma agota o no la vía administrativa (78). Si no

ción de la prohibición de doble sanción, ya que ésta no pudo alegarse, al no haberse producido todavía, en el procedimiento administrativo sancionador. La lectura que se saca de todo ello es la siguiente: si la Administración incumple las normas e impone la sanción, su actuación se impone sobre la penal y no merece reproche jurídico alguno (STC 177/1999). Si en la imposición de la sanción interviene (pasivamente) el sancionado y no alega en el procedimiento sancionador la pendencia de otro penal sobre los mismos hechos, su actuación pasiva supone nada menos que el deber de soportar la imposición de dos sanciones por lo mismo y la desestimación del amparo solicitado, mientras que la actuación de la Administración, que es quien ha incumplido la norma que le exige paralizar el procedimiento (pues sólo a ella va dirigida), queda nuevamente incólume (STC 152/2001).

(77) Si la sanción ha sido ejecutada y resulta imposible deshacer lo ejecutado (privación de una autorización por un período de tiempo ya concluido) o compensarla con la sanción penal, por ser de distinta naturaleza, no hay otra opción que concluir que el derecho del ciudadano a no ser sancionado dos veces por lo mismo prima sobre los intereses que trata de proteger la prevalencia de la vía penal.

(78) La doctrina, de acuerdo con la STC 77/1983, considera que si la Administración no paraliza el procedimiento sancionador e impone una sanción, se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 CE y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto (T. QUINTANA

agota la vía administrativa, la jurisdicción penal puede todavía plantear el conflicto de jurisdicción (art. 8 LOCJ). Si la ha agotado, el conflicto frente a la Administración no procede, pero puede que la sanción haya sido recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuyo caso se ha señalado que existen mecanismos procesales para paralizar la tramitación de la causa contenciosa hasta la finalización de la penal, pues estaríamos en presencia de un supuesto de prejudicialidad penal (art. 4.1 LJ) (79). En tal caso, el Juez o Tribunal de lo contencioso debería suspender el proceso hasta que se pronuncie la jurisdicción penal. Si no lo hace, el Juez penal podría plantear un conflicto de competencias (art. 42 LOPJ) al entender que la actuación de aquél puede impedirle el ejercicio de sus competencias en el «conocimiento de las causas y juicios criminales» (art. 9.3 LOPJ) (80).

LÓPEZ, *El principio...*, cit.; pág. 589 MUÑOZ QUIROGA, *El principio...*, cit.; pág. 138; J. MESEGUER YEBRA, *El principio...*, cit., pág. 24). En la jurisprudencia, SSTs de 23 de julio de 1998 (Ar. 6422), 8 de febrero de 1999 (Ar. 1518), 20 de mayo de 1999 (Ar. 3729). Pero, en puridad, la prohibición de doble sanción no se incumple (que es la que se encuentra en el art. 25 CE), pues no se ha impuesto previamente sanción penal alguna, mientras que la reciente jurisprudencia del TC desvincula la preferencia de la vía penal del artículo 25 CE (sentencia 177/1999): el incumplimiento por parte de la Administración de suspender el procedimiento sancionador, dice tal sentencia, «producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (art. 25.1 CE), ajeno por completo a dicho incumplimiento». En mi opinión, la sanción podría ser considerada nula de pleno derecho acudiendo a la interpretación que el propio TC ha hecho del artículo 24 CE. En la medida en que una misma cuestión, la comisión de un hecho subsumible en una norma penal y en otra administrativa, puede recibir distintas respuestas por parte de los poderes públicos (*ser sancionada como infracción o penada como delito*) en función de que la Administración se abstenga o no de intervenir, la actuación de ésta no respetando la preferencia de la vía penal no sólo vulnera el principio de seguridad jurídica (y posiblemente también el de igualdad), sino el propio artículo 24 de la CE, pues el TC tiene señalado que «la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia [...] vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 24 de la Constitución» (STC 36/1996).

(79) J. J. QUERALT, «*Ne bis...*», cit., pág. 902.

(80) La Sala 3.^a del TS lo que ha hecho en varias sentencias es anular las sanciones impuestas por la comisión de unos hechos de los que se estaba conociendo en un proceso penal y decretar la «retroacción de las actuaciones administrativas al momento inmediatamente anterior a su imposición, con el fin de que la Administración, una vez se haya pronunciado sentencia firme por los Tribunales de Justicia en el proceso penal [...], pueda dictar al respecto la resolución que estime pertinente» (SSTs de 20 de mayo de 1999, Ar. 4158; y de 16 de septiembre de 1999, Ar. 6751). Pero parece más coherente con la economía procesal, y más ajustado a los artículos 4.1 LJ y 114 LECrim, sólo suspender el proceso sin anular la sanción, de modo que si el proceso penal concluye con sentencia absolutoria no se obligaría a la Administración a dictar una nueva resolución y al acusado a interponer, eventualmente, un nuevo recurso si el primero no se basaba únicamente en la no suspensión del procedimiento sancionador. Si la sentencia penal es absolutoria, el orden contencioso declararía la validez de la sanción (salvo que la pretensión de invalidez se fundara en otros motivos), mientras que el ciudadano podría ejercer una acción de responsabilidad contra la Administración por haber tramitado un procedimiento sancionador de forma simultánea a un proceso penal por los mismos hechos, sometiéndole así a un doble

iii) Si la sanción administrativa deviene firme antes de que se inicie o concluya un proceso penal por los mismos hechos, la solución no es, como ha sostenido el TC en la sentencia 177/1999, admitir la validez de la actuación administrativa e impedir todo pronunciamiento por parte de la jurisdicción penal. Cuando el Juez de lo penal se encuentra con que los hechos de que conoce ya han sido objeto de una sanción administrativa firme, entiendo que la prohibición de doble sanción y la prevalencia de la vía penal pueden conciliarse si se agotan las posibilidades que ofrece la prejudicialidad administrativa en el proceso penal (arts. 10 LOPJ, 3 y ss. LECrim) (81).

Suele afirmarse que existe un fenómeno de prejudicialidad (*prae iudicium*): lo que es previo al juicio) cuando en el seno de un proceso surge una cuestión sustantiva (no procesal) que debe ser decidida o resuelta antes que la cuestión principal y goza de entidad suficiente para ser objeto de un proceso autónomo. En el caso que nos ocupa, ello ocurre cuando los órganos penales se encuentran con cuestiones (conceptos, relaciones jurídicas, etc.) de índole civil, administrativa, laboral, que constituyen un antecedente lógico-jurídico del pronunciamiento penal y que, por tanto, han de ser resueltas con carácter previo, por ellos mismos o por los órganos jurisdiccionales competentes por razón de la materia, para poder aplicar la norma penal (82). Por ejemplo: la ajenidad de la cosa debe ser resuelta previamente para apreciar la concurrencia o no de hurto. La determinación de la conformidad o no a Derecho de la sanción administrativa impuesta por unos hechos que, posteriormente, son objeto de un proceso penal responde también al esquema de las cuestiones

enjuiciamiento que no tiene el deber de soportar. En cualquier caso, y sin perjuicio de esta responsabilidad que procedería en todo caso, también podría entenderse que la sanción administrativa impuesta por la Administración sin respetar la precedencia de la vía penal es nula en todo caso, al margen de cuál sea la solución del caso en el ámbito penal, sin que la Administración pudiera, obviamente, iniciar un nuevo procedimiento por los mismos hechos si la sentencia penal es absolutoria. Ello se traduciría, seguramente, en un mayor cumplimiento aún por parte de la Administración de su deber de abstenerse de actuar cuando unos hechos puedan ser constitutivos de delito.

(81) La Administración también podría reconsiderar su actuación y acudir a sus facultades revisoras declarando de oficio la nulidad de pleno derecho de la sanción (art. 102 LAP), si se admite que la misma incurre en este tipo de nulidad.

(82) Como señalan E. GÓMEZ ORBANEJA/V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, cit., la prejudicialidad en el proceso penal «requiere una materia distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional» (pág. 104). «Estas materias, constituyendo un antecedente necesario de la declaración penal, han de ser resueltas *ineludiblemente*, bien por el mismo juez del delito, bien por otro» (pág. 103). La STS de 25 de marzo de 1994 (Ar. 2588) señala que la cuestión prejudicial «supone una cuestión de Derecho material íntimamente ligada a la cuestión penal, que debe ser resuelta, bien por la jurisdicción competente o por la propia punitiva, como antecedente o presupuesto del fallo penal y que aparece regulada en los artículos 3 al 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 10 de la LOPJ», afectando al sí de la pretensión penal.

prejudiciales, pues concurren los elementos característicos y diferenciadores de éstas (cuestión sustantiva no penal susceptible de constituir el objeto de otro proceso, antecedente lógico-jurídico del pronunciamiento de fondo) (83).

La legalidad o no de la sanción administrativa es una cuestión sustantiva que puede ser objeto de un proceso distinto; en concreto, de un proceso contencioso-administrativo (arts. 31, 70 y 71 LJ). Constituye también un antecedente lógico-jurídico del pronunciamiento penal, es decir, afecta al sí del delito o de la pena, o, como dice la LOPJ, «condiciona directamente el contenido» de la decisión final, pues en función de que se admita o no la validez de la sanción administrativa (y pueda de algún modo ser anulada) el contenido de la resolución penal será uno u otro (84). Admitido esto, debe decidirse ahora de qué tipo de prejudicialidad se trata. En concreto, si la misma ha de ser devolutiva, en cuyo caso debe ser la jurisdicción contencioso-administrativa la que decida la validez de la sanción impuesta, o no devolutiva, pudiendo en tal caso el Juez penal (a los solos efectos prejudiciales) pronunciarse sobre su validez, para poder así decidir sobre el delito y su pena. La denominada cuestión prejudicial incidental o no devolutiva se encuentra regulada en el artículo 3 LECrim, según el cual: «Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cues-

(83) Sobre los requisitos diferenciadores de las cuestiones prejudiciales, *vid.*, además de los Manuales de Derecho procesal penal. C. SENÉS MOTILLA, *Las cuestiones...*, cit., págs. 2 y ss.; P. F. SÁNCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIEN, *Las cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso y social*, Granada, Comares, 1996, págs. 4 y ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al juez predeterminado por la ley (Actualización de la prejudicialidad en el proceso penal)*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 285, 13 de marzo de 1997; J. GARBERÍ LLOBREGAT, «Principio...», cit., págs. 100 y ss.

(84) Desde el punto de vista de la teoría del delito podría entenderse que, respecto de éste, la sanción administrativa previa constituye una condición objetiva de punibilidad. Estas, como se sabe (*vid.* C. ROXIN, *Derecho...*, cit., págs. 970 y ss.; S. MIR PUIG, *Derecho...*, cit., págs. 115 y ss. y 144 y ss.), son condiciones que la ley exige (además de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, aunque algunos consideran que pueden reconducirse a alguno de tales elementos) para que un determinado comportamiento pueda penarse. Suelen clasificarse en positivas o negativas en función de que su concurrencia genere o excluya la punibilidad. Ejemplo de condición positiva es la declaración judicial de quiebra en un proceso civil, que es condición de las insolvencias punibles del artículo 260 CP. Ejemplo de negativa (también denominadas excusas absolutorias): determinados grados de parentesco cuya presencia hace impunes los hurtos (art. 268 CP). La sanción administrativa sería una condición negativa de punibilidad del delito de que esté conociendo el Juez penal, mientras que la previa declaración de invalidez de tal sanción, que es lo que aquí interesa, podría verse como una condición objetiva de punibilidad (positiva) de tal delito, pues en la medida en que el *non bis in idem* impide que pueda imponerse pena alguna por unos hechos sobre los que ya ha recaído sanción administrativa, tales hechos sólo podrían ser penados si previamente se anula o deja sin efecto esta última sanción.

tiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación». Como dice el artículo 7, para resolver este tipo de cuestiones, el órgano jurisdiccional penal «se atemperará, respectivamente, a las reglas de Derecho civil o administrativo en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos antecedentes, deba resolver». Las denominadas cuestiones prejudiciales no devolutivas, recientemente rescatadas del olvido por una resuelta jurisprudencia constitucional, se contemplan en el artículo 4 LECrim: «Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal» (85).

(85) Algunos autores consideran que esta excepción a la jurisdicción atrayente del Juez penal ha sido derogada de forma tácita por el artículo 10.1 LOPJ, que parece prever como regla la no devolutividad de todas las cuestiones prejudiciales: «A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente». La única excepción sería la prevista en el apartado 2, que, como se vio, contempla la existencia de una cuestión prejudicial penal en otros procesos y exige la paralización del procedimiento de que se trate y la remisión de la cuestión a los órganos penales para que la resuelvan. En este sentido se han pronunciado A. DE LA OLIVA (y otros), *Derecho procesal penal*, cit., pág. 259; C. SENÉS MOTILLA, *Las cuestiones...*, cit., pág. 96. Otro sector doctrinal considera más acertadamente que el artículo 4 LECrim no ha sido derogado por el 10 de la LOPJ, pues la fórmula que éste utiliza («[...] podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente») es lo suficientemente amplia como para permitir no sólo que las leyes posteriores establezcan excepciones, sino la subsistencia misma de las previstas en las leyes anteriores, como es el caso de la LECrim. En la doctrina, L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Cuestión...*, cit., pág. 2, con importantes argumentos a favor del mantenimiento de las cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular el caso de la prevaricación», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Ramón MARTÍN MATEO*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 1197; V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA/V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 182; J. GARBERÍ, «*Non bis...*», cit., pág. 113; A. MARTÍN DEL MORAL, *De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (Comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero)*, en el núm. 145 de esta REVISTA, págs. 199 y ss.; P. F. SÁNCHEZ DE LA PARRA, *Las cuestiones...*, cit., pág. 4; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *De nuevo sobre la jurisprudencia constitucional (STC 30/1996) sobre cuestiones prejudiciales e incidentales*, en «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», 1999, págs. 1920 y ss. El propio A. DE LA OLIVA, en su *Derecho procesal civil*, cit. (junto con I. DÍEZ-PICAZO), afirma que aunque el artículo 10.1 LOPJ establece que la regla general sea la prejudicialidad no devolutiva, su sentido literal no impide que las distintas leyes procesales establezcan excepciones a tal regla (pág. 544). Algo, por cierto, que hace la nueva LEC (art. 42.3). El TC, por su parte, tal y como destaca GARCÍA DE ENTERRÍA en el artículo antes citado, ha declarado en varias sentencias la vigencia y operatividad de las cuestiones prejudiciales devolutivas previstas en el artículo 4 LECrim (SSTC 30/1996, 50/1996, 91/1996, 102/1996). Vid. también las SSTs de 25 de marzo de 1994 (Ar. 2588) y de 20 de enero de 1996 (Ar. 46).

Dado que la legalidad de la sanción administrativa constituye una cuestión determinante de «la culpabilidad o la inocencia» del inculcado, pues sólo procederá imponerle la pena correspondiente al delito si previamente se anula la sanción administrativa, la cuestión debería ser calificada como devolutiva (86). Esta es la solución que mejor se acomoda a la línea doctrinal expuesta por el TC en su sentencia 30/1996, corroborada en otras posteriores, en la que afirma que, cuando la cuestión prejudicial es determinante de la culpabilidad o la inocencia, el «ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional» su resolución. De este modo, el Juez de lo penal, apreciada la concurrencia de una sanción administrativa por los mismos hechos de que entiende y de cuya validez depende la existencia o no de responsabilidad criminal, suspenderá el juicio y fijará un plazo —que no excederá de dos meses— para que las partes acudan a la jurisdicción contencioso-administrativa. Si no lo hacen, alzará la suspensión, seguirá el procedimiento y resolverá la cuestión en el proceso penal, es decir, anulará él mismo la sanción (art. 4 LECrim).

No deben desconocerse, en cualquier caso, los problemas que puede plantear el que no sea el propio Juez penal quien proceda a la anulación de la sanción administrativa impuesta violando la preferencia de la vía penal consagrada claramente en nuestro Derecho positivo, pues al remitirse el conocimiento de la validez de la sanción a la jurisdicción contencioso-administrativa se corre el riesgo de que ésta no proceda a la declaración de invalidez de la sanción y el Juez penal no pueda imponer la pena correspondiente al delito cometido. En favor de la no devolutividad de la cuestión también jugarían el hecho de que la sanción es nula de pleno derecho, su invalidez es evidente o manifiesta y, en último término, constituye una materia afín a la preparación y saberes del orden jurisdiccional penal, por lo que el fundamento de la devolutividad estaría mucho menos claro que en otros sectores en los que el Juez carece de los conocimientos necesarios (urbanismo, por ejemplo) (87).

(86) El término culpabilidad no ha de ser entendido aquí en sentido técnico o riguroso, sino como sinónimo de responsabilidad, por lo que engloba todo aquello que es preciso para que la pena pueda ser impuesta. Como señalan E. GÓMEZ ORBANEJA/V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, cit., lo único que se requiere es que la materia prejudicial sea «susceptible de excluir la responsabilidad criminal por cualquier título» (pág. 109).

(87) La Sala de lo Penal del TS ha considerado en algunas ocasiones (sentencia de 20 de enero de 1996, Ar. 46) que «la ostensible, patente y manifiesta ilegalidad» del acto administrativo (como es el caso que nos ocupa) y su aplicación en un determinado proceso penal determina que no sea preciso el recurso al artículo 4 LECrim y «contrariamente que la jurisdicción penal pueda pronunciarse con arreglo a los artículos 3 de la LECrim y 4 de la LJ». También ha sostenido la competencia del Juez penal para declarar prejudicialmen-

iv) Si la sanción administrativa ha sido impugnada y la jurisdicción contencioso-administrativa la ha declarado conforme a Derecho (ignorando que los hechos pudieran ser constitutivos de delito), parece que la excepción de cosa juzgada (art. 666 LECrim) impediría toda actuación posterior del Juez penal. ¿Es esto así, realmente?

El artículo 222 LEC —que ha derogado al art. 1252 CC— dispone respecto de la cosa juzgada material lo siguiente: «La cosa juzgada de las sentencias firmes, ya sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo». Hay, pues, que identificar los objetos del proceso contencioso-administrativo y del penal posterior para determinar si concurre o no la excepción de cosa juzgada. En mi opinión, puede sostenerse que los objetos de los dos procesos son distintos, por lo que el procesado no podría alegar en el proceso penal la excepción de cosa juzgada. La pretensión objeto del proceso contencioso es la declaración de contrariedad a Derecho de la sanción impuesta por la Administración (art. 31.1 LJ). El objeto del proceso penal, por el contrario, son unos hechos constitutivos de delito o falta. Podría argüirse que en el proceso contencioso en cuestión su objeto, y por tanto lo juzgado a efectos de cosa juzgada, también son unos hechos, pues al enjuiciarse la legalidad de la sanción impuesta por la Administración se está enjuiciando realmente si determinados hechos son o no constitutivos de la infracción en cuya virtud se ha impuesto la sanción cuestionada. Aun admitiendo esta interpretación, creo que puede sostenerse la no-identidad de objetos en uno y otro proceso. En efecto, aunque el objeto del proceso penal es un hecho punible, de modo que se produce el efecto preclusivo de la cosa juzgada cuando hay identidad de hechos entre dos procesos, la identificación del mismo no se hace en atención a su consistencia natural o histórica, sino teniendo en cuenta criterios jurídicos: nadie observa comportamientos humanos, a los fines de un proceso penal, desde una perspectiva puramente naturalística, puesto que dicha observación está motivada y persigue identificar hechos con caracteres de delito o falta; los hechos sólo interesan al proceso penal en cuanto revistan apariencia delictiva (88). Por ello, no puede haber identidad de hechos, a los efectos de cosa juzgada, en un

te la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. S. GONZÁLEZ-VARAS, *De nuevo...*, cit., pág. 1922.

(88) A. DE LA OLIVA/S. ARAGONESES/R. HINOJOSA/J. MUERZA/J. A. TOMÉ, *Derecho procesal penal*, cit., pág. 582. Como ya destacaron E. GÓMEZ ORBANEJA/V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, cit., es cierto que el objeto del proceso penal es un *factum* y no un *crimen*, pues de lo contrario se podría hacer del mismo hecho el objeto de un segundo proceso sin más que calificarlo con arreglo a una norma penal diferente; pero no es cierto que se pueda prescindir incondicionalmente de una consideración normativa del hecho para establecer su identidad (pág. 291).

proceso contencioso-administrativo y en un proceso penal, ya que en el primero tales hechos no pueden haber sido apreciados desde una perspectiva jurídico-penal, sino sólo desde la perspectiva del tipo de infracción administrativa correspondiente. En el proceso penal, los hechos sólo pueden ser valorados desde el punto de vista jurídico-penal; en el contencioso-administrativo, desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionador. Aunque desde un punto de vista naturalístico los hechos son los mismos, y desde el jurídico no pueden existir y dejar de existir a la vez, las normas aplicables al concreto proceso en que son enjuiciados los dotan de una especificidad que impide que se pueda apreciar su identidad a los efectos de la cosa juzgada material (89).

Si se admite esto y el Juez penal quiere (*rectius*: debe, dado el fundamento constitucional de la prevalencia de la vía penal) dejar sin efecto la sanción administrativa, para poder así condenar al acusado, debe acudir, sin que se lo impida la cosa juzgada, a la cuestión prejudicial devolutiva del artículo 4 LECrim al objeto de que la jurisdicción contenciosa proceda a la anulación de aquélla. Es aquí donde realmente puede presentarse el efecto preclusivo de la cosa juzgada material, pues la jurisdicción contencioso-administrativa tendría que pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo que previamente ha sido considerado ajustado a Derecho por esa misma jurisdicción [vid. art. 69.d) LJ]. La única solución para poder anular la sanción y salvar así la prevalencia de la vía penal sería entender que en estos casos no opera la excepción de cosa juzgada porque se ha operado un cambio en la *causa petendi*, en concreto ha habido una alteración en los fundamentos por los cuales se pide la invalidez de la sanción (90). La doctrina ha señalado que cambia la *causa petendi* cuando en el segundo proceso se introducen hechos y circunstancias nuevos que no fueron ni pudieron ser objeto del primer proceso y de la primera sentencia, en cuyo caso no incidirá en el segundo proceso la cosa juzgada derivada del primero (91). Podría entenderse

(89) Como dice la STS de 30 de enero de 1998 (Ar. 849), la cosa juzgada material «se encuentra limitada por el objeto específico del propio procedimiento que resuelve». Sobre las dificultades que ofrece extender los efectos de la cosa juzgada material entre las distintas jurisdicciones como consecuencia de la diversidad de la *causa petendi* que se ejercita en ellas, STS de 9 de diciembre de 1997 (Ar. 8733).

(90) Para apreciar la existencia de cosa juzgada se exige identidad entre las partes, objeto, pretensiones y causa de pedir, por lo que suele hablarse de unos límites subjetivos y objetivos (otros añaden los temporales) de la cosa juzgada. Vid. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, Madrid, Colex, 2000, págs. 361 y ss.; A. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., págs. 44 y ss. Para el proceso contencioso, V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA/P. SALA SÁNCHEZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, Ceura, 2001, pág. 145; P. SALA SÁNCHEZ/V. A. XIOL RÍOS/R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Barcelona, Bosch, 1999, págs. 300 y ss.

(91) A. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada...*, cit., pág. 125. Vid. también, con I. DÍEZ-PICAZO, *Derecho procesal civil*, cit., pág. 516.

que la apertura de un proceso penal por los mismos hechos ya sancionados constituye un nuevo hecho o circunstancia que no pudo ser objeto del primer proceso contencioso, ya que al celebrarse no existía tal proceso penal (de existir tal proceso, la vía adecuada —como hemos visto— sería la del conflicto de jurisdicción) y no se advirtió que los hechos objeto de sanción podrían ser también constitutivos de delito. Si se admite esta interpretación, no procedería la inadmisibilidad del recurso por cosa juzgada (art. 69 LJ) y la sanción podría ser declarada contraria a Derecho por la jurisdicción contenciosa, abriendo así el camino al orden penal para condenar por el delito correspondiente.

v) Los problemas, sin embargo, no acaban aquí, pues puede que acontezca que el Juez penal condene (como en el supuesto de la STC 177/1999) por unos hechos previamente sancionados y la sentencia penal sea recurrida en amparo al TC por vulneración del derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por lo mismo. ¿Qué puede hacer el Alto Tribunal para salvaguardar los intereses que protege la prevalencia de la vía penal sin menoscabo del derecho de todo ciudadano a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos? La única resolución que el TC puede anular es la recurrida, esto es, la penal, pues el contenido de la sentencia de otorgamiento del amparo queda circunscrito o condicionado por el *petitum* de la demanda, que consistirá, normalmente, en el reconocimiento del derecho vulnerado y en la declaración de nulidad de la sentencia penal que condena por unos hechos ya sancionados administrativamente (arts. 41.3 y 55.1 LOTC) (92). Pero el TC, además del reconocimiento del derecho y de la declaración de nulidad de la decisión que lo ha vulnerado, declaración cuyos efectos puede modular, también puede, al objeto de restablecer al recurrente en su derecho vulnerado, acordar que se «retrotraigan las actuaciones al momento anterior de dictar sentencia, a fin de que se dicte la sentencia que en Derecho proceda» (93). Por ello, en un caso como el planteado, el TC podría acu-

(92) Sobre los pronunciamientos de las sentencias estimatorias del recurso de amparo constitucional y el condicionamiento de los mismos por el *petitum* de la demanda de amparo, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994, págs. 60 y 315 y ss.

(93) Las sentencias en las que el TC anula la resolución recurrida y ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia o a otros momentos procesales anteriores son muy numerosas (SSTC 207/1989, 180/1990, 30/1996, 50/1996, 91/1996). Sobre el margen de decisión que tiene el TC para modular los efectos de la declaración de nulidad de la resolución judicial recurrida en función de los distintos intereses en presencia (buena fe, economía procesal, seguridad jurídica, repercusiones políticas y económicas de la declaración, etc.), y sobre las medidas que pueden adoptarse para el restablecimiento del derecho o libertad vulnerado, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso...*, cit., págs. 322 y ss.

dir a esta solución y ordenar que se retrotraigan actuaciones al efecto de que el Juez de lo penal pueda plantear la prejudicialidad devolutiva y, una vez anulada la sanción administrativa, «dictar la sentencia que en Derecho proceda», es decir, condenar por la comisión del delito cometido.

vi) Las insuficiencias y problemas que acaso planteen las técnicas expuestas debieran ser debidamente solventadas con las oportunas reformas legislativas, que, en mi opinión, deben orientarse hacia la compatibilidad entre el derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo y los principios constitucionales que subyacen en la prevalencia de la vía penal. De *lege ferenda* se me ocurren estas soluciones. Una primera podría consistir en establecer expresamente la potestad del Juez penal para anular las sanciones administrativas impuestas sin respetar dicha prevalencia, tal y como sucede en otros países como Alemania (art. 86 Ley de Contravenciones). En favor de esta solución juega el hecho de que se trata de un supuesto en el que parece evidente la ilegalidad de la sanción (las normas, como vimos, son claras respecto de la obligación de la Administración de no imponer sanciones por hechos que puedan ser constitutivos de delito) y se refiere a una materia, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, para nada compleja y ajena a la preparación y saberes de los jueces penales (que es una de las razones que suelen esgrimirse para diferir el conocimiento de las cuestiones prejudiciales a la jurisdicción competente *ratione materiae*), sino íntimamente ligada a la función de «represión de los actos punibles» que incumbe a la jurisdicción penal (art. 1 LECrim) (94).

Otra opción, más gravosa para el ciudadano, consistiría en configurar para tales supuestos un nuevo motivo de revisión en la vía administrativa y contenciosa, tal y como se prevé en el proceso laboral (art. 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral). En este ámbito, dice la referida Ley, «en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos» (salvo en el caso

(94) Nuestro propio ordenamiento ofrece algunos intentos en tal sentido, en concreto el Anteproyecto de Código Penal de 1983, cuyo artículo 610.2 disponía que: «No se podrá imponer conjuntamente sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos [...]. Las autoridades administrativas se abstendrán de todo procedimiento, remitiendo a la autoridad judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas, en cuanto tengan conocimiento de la apertura de proceso penal por los mismos hechos de que vinieren conociendo, aun en el caso de que hubiere recaído resolución sancionadora firme, si la sanción no hubiere llegado a ejecutarse. Si ya se hubiere ejecutado, el Juez o Tribunal, en la sentencia o resolución definitiva que dictare, se pronunciará sobre la sanción impuesta, computándola para el cumplimiento de la pena si fuere asimilable, y ordenando en otro caso la restitución del exceso, si pronunciare condena, o de la totalidad, si la resolución fuere absolutoria».

de la falsedad documental), pero la decisión en el mismo deja imprejuzgada dicha causa criminal, de modo que si posteriormente los tribunales penales declaran la inexistencia de los hechos (que sirvieron de base para la resolución laboral) o la no-participación en ellos del sujeto en cuestión, éste puede recurrir al orden social por los trámites previstos en la LEC para el recurso de revisión. En nuestro caso, se trataría de poder recurrir en revisión (en la vía administrativa o contenciosa) la sanción administrativa impuesta previamente cuando haya una posterior condena penal por los mismos hechos o una resolución absolutoria por inexistencia de los mismos o falta de participación en ellos del sancionado.

Por último, y para concluir, es preciso señalar que con la interpretación de la prejudicialidad aquí mantenida y con estas propuestas de *lege ferenda* sólo se garantiza una de las manifestaciones del *non bis in idem*, la prohibición de doble sanción, mientras que el doble enjuiciamiento es inevitable en tales casos si se quiere garantizar la preferencia de la vía penal. La explicación puede residir en que, en estos supuestos extremos (la Administración suele suspender el procedimiento), el ordenamiento considera que debe pesar o valer más la preferencia de la vía penal (en rigor, los principios y valores que en ella subyacen) que el derecho del ciudadano a no ser enjuiciado dos veces por lo mismo (95). Ello no obsta a que el perjudicado, dado que no tiene el deber jurídico de soportar ese doble enjuiciamiento, pueda entablar contra la Administración, verdadera responsable del mismo (podría haberlo evitado si hubiera suspendido el procedimiento), una acción de responsabilidad patrimonial por lesión en sus bienes y derechos (arts. 139 y ss. LAP).

IV. EL CONCURSO DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

1. *La determinación de la norma aplicable: reglas para la solución del conflicto de normas*

El principio *non bis in idem*, como hemos visto, también prohíbe la imposición de dos sanciones administrativas por los mismos hechos. De este modo, en caso de concurrencia de normas administrativas, es decir, cuando un determinado hecho es subsumible en dos o más tipos de infracción que protegen el mismo bien jurídico, sólo puede aplicarse una de ellas ya que sólo se ha cometido una infrac-

(95) *Vid.* la nota 19.

ción. Obviamente, la regla de la prevalencia de la norma penal no sirve para determinar cuál de las normas concurrentes es la aplicable, pues ninguna de ellas tiene tal carácter. Como se anticipó, para determinar la norma aplicable en tales casos se ha propuesto acudir a las reglas de solución del conflicto de normas penales, que tratan de resolver un problema similar: qué norma debe aplicarse cuando un solo hecho es subsumible en varios preceptos legales pero uno de ellos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho. Tales reglas, elaboradas por la dogmática jurídico-penal y ahora recogidas en el propio CP (art. 8), son las de la especialidad (*lex specialis derogat legem generalem*), la subsidiariedad (*lex primaria derogat legem secundariam*), la consunción (*lex consumens derogat legem consumptam*) y la alternatividad (*in dubio, pro gravissima poena*).

La aplicación de las mismas al Derecho administrativo sancionador ha sido defendida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia (96). El propio Derecho positivo ha confirmado dicha aplicación. En este sentido debe destacarse la Ley 2/1998, de 20 de febrero, del Parlamento vasco sobre la potestad sancionadora de la Administración, cuyo artículo 16 (*concurso de normas*) reproduce en términos casi idénticos la regulación del CP: «1. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos tipificadores de infracciones, ya sean de la misma o de diferentes normas sancionadoras sectoriales, se sancionarán observando las siguientes reglas: a) El precepto especial se aplicará con preferencia al general. b) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible. c) El precepto más amplio o complejo absorberá a los que sancionen las infracciones consumidas en él. d) En defecto de los criterios anteriores, el precepto que tipifique la infracción penada con sanción más grave excluirá a los que tipifiquen infracciones penadas con sanción menor». Tales reglas operarán normalmente para resolver los conflictos de normas sancionadoras de un mismo subsistema normativo (estatal o autonómico), pero nada impide que el conflicto se dé entre normas de los diferentes subsistemas (estatal y autonómicos o autonómicos entre sí).

El contenido concreto de cada una de estas reglas ha sido debidamente estudiado por la doctrina, lo que me exime de un estudio de-

(96) M. REBOLLO PUIG, *Potestad...*, págs. 833 y 888; A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pág. 441. En la jurisprudencia, la STS de 1 de junio de 2000 (Ar. 7058), por ejemplo, afirma que, en caso de concurrencia de normas administrativas sancionadoras, «la aparente antinomia debe ser resuelta conforme a los principios establecidos en el orden punitivo general para los concursos de normas, esto es, aplicando el precepto especial con preferencia sobre el general».

tenido de las mismas en este momento (97). Más interesante me parece, pues se le ha prestado menor atención, aludir a la otra manifestación del *non bis in idem* (la prohibición de doble enjuiciamiento) dentro del propio Derecho administrativo sancionador.

2. *La prohibición de tramitar de forma simultánea o sucesiva dos procedimientos administrativos sancionadores*

La prohibición de *bis in idem* impide incoar de forma simultánea dos expedientes sancionadores sobre unos hechos que lesionan o ponen en peligro el mismo bien jurídico. La mera tramitación simultánea de dos procedimientos sancionadores por lo mismo supone un ejercicio desproporcionado y arbitrario de la potestad sancionadora por parte de la Administración, por lo que el ciudadano puede defenderse frente a ella alegando en uno de ellos la pendencia simultánea de otro procedimiento sancionador por los mismos hechos (98). El órgano administrativo tan pronto advierta (o sea advertido de) que se está tramitando otro procedimiento por los mismos hechos debería acudir a las normas sobre el conflicto de competencias (art. 20 LAP). De este modo, si se estima incompetente porque considera que, con arreglo a las reglas sobre el concurso de normas, la aplicable al caso no es la que le corresponde aplicar, remitirá las actuaciones al órgano que sigue el otro procedimiento o al que estime competente para aplicar la norma sancionadora de preferente aplicación. Si se estima competente requerirá de inhibición al órgano que esté tramitando el otro asunto.

(97) En el ámbito penal, por todos, el excelente estudio de R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., págs. 321 y ss. En el Derecho administrativo sancionador, M. REBOLLO PUIG, *Potestad...*, cit., págs. 535 y ss. y 888 y ss.; A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., págs. 442 y ss.

(98) El Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora sólo se refiere al tema de forma parcial y, además, defectuosa. Parcial porque sólo contempla la tramitación simultánea de un procedimiento administrativo sancionador comunitario y otro estatal (art. 5.2). Defectuosa porque la solución que ofrece en tal caso no es la paralización inmediata de uno de ellos (el estatal, dada la primacía del Derecho comunitario), sino la paralización facultativa: «el órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos Comunitarios Europeos». Una crítica a esta regulación, por incompleta y defectuosa, en J. GARBÉRÍ, «Principio...», cit., pág. 95. La Ley vasca sobre potestad sancionadora ofrece una regulación más completa, pero igualmente defectuosa. Su artículo 26 reproduce prácticamente el artículo 5.2 del Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora, mientras que el artículo 27 (relativo a la concurrencia entre procedimientos sancionadores internos) establece el deber del instructor de notificar dicho extremo al órgano competente para sancionar, «el cual, *sin paralizar el procedimiento*, se pondrá en contacto con el órgano competente para resolver el procedimiento de referencia, a fin de coordinarse para la eficaz aplicación» de las reglas sobre concurso de normas y de infracciones.

El *non bis in idem* también impide la tramitación sucesiva de dos procedimientos administrativos sancionadores, esto es, la apertura de un nuevo procedimiento tras otro que haya concluido con la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad (99). El ciudadano puede oponerse a ello alegando, cuando se tramite el segundo procedimiento, su derecho a no ser enjuiciado dos veces por lo mismo. En el ámbito penal, con argumentos trasladables a esta sede, suele ser común la afirmación de que cuando el Estado hace uso de la pretensión penal a través del proceso penal la misma queda consumida y el asunto definitivamente liquidado, pues el ciudadano no puede permanecer, sin merma de su derecho a la seguridad jurídica, permanentemente bajo la espada de Damocles de una nueva persecución penal y una eventual imposición de pena (100).

Tampoco cabe la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo sancionador cuando en el primero se ha producido el archivo de las actuaciones por caducidad del mismo (art. 20.6 Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora), esto es, cuando la Administración no ha resuelto en el plazo de seis meses que tiene para ello. La solución que suele sostenerse en este caso (posibilidad de incoar un nuevo procedimiento sancionador si la infracción aún no ha prescrito) no me parece la correcta, pues vulnera la manifestación del *non bis in idem* que prohíbe la dualidad de procedimientos (101). Es cierto que el artículo 44.2 de la LAP dispone que en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras el vencimiento del plazo establecido para dictar resolución producirá la caducidad, ordenándose en tal caso «el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92»; efectos que el apartado 3 de dicho precepto parece concretar en que:

(99) El Auto del TC 289/1993 (cuya referencia tomo de G. VALENCIA, *El principio...*, cit., pág. 171) parece apuntar a esta idea cuando afirma que, al no haberse producido una resolución administrativa firme anterior, «no han podido ser vulneradas las exigencias del mencionado principio [*non bis in idem*], [...] en lo que pudieran ser contrarias a la reproducción de un procedimiento sancionador sobreesido anteriormente mediante resolución administrativa firme».

(100) R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., pág. 25, por nota.

(101) Sobre la posibilidad de que la Administración reinicie un nuevo procedimiento caducado si la infracción no ha prescrito, J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 532; M. GÓMEZ PUENTE, *Prescripción, caducidad y perención administrativas*, en «*Justicia Administrativa*», núm. 4, 1999, pág. 25. En contra, J. A. LÓPEZ PELLICER, *La actuación extemporánea de la Administración en el procedimiento sancionador*, en «*Revista Española de Derecho Administrativo*», núm. 105, 2000, pág. 114; R. CABALLERO SÁNCHEZ, *Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa*, en el número extraordinario de la revista «*Justicia Administrativa*» sobre *Infracciones, sanciones y procedimiento sancionador*, 2001, págs. 146-147. En la jurisprudencia, STSJ de Castilla y León de 2 de junio de 2000 (Ar. 2008), SSTSJ de Murcia de 20 y 30 de septiembre (Ar. 1616 y 1617). Agradezco las referencias al Profesor M. REBOLLO PUIG.

«La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción». Pero dicha solución, provocada sin duda por una deficiente y criticable regulación normativa, supone considerar que la *potestad* sancionadora de la Administración es una *acción* en sus manos que puede prescribir, cuando no parece que sean equiparables dogmáticamente acción y potestad y cuando siempre se ha dicho que las potestades son imprescriptibles, aunque su concreto ejercicio, como debe sostenerse en el caso que nos ocupa, puede estar limitado en el tiempo (102). Pero lo más grave es que supone la admisión de un ejercicio de la potestad sancionadora irracional y arbitrario, vulnerando la manifestación del *non bis in idem* que prohíbe la dualidad de procedimientos por los mismos hechos. Por eso, o se entiende, como ha sostenido algún autor, que los efectos a que se refiere el artículo 44.2 no son los regulados en el apartado 3 del artículo 92, sino los que prevé el apartado 1, relativos a la necesidad de notificación a los interesados y al régimen de recursos, o no queda más remedio que concluir que la solución que resulta de los artículos 44.2 y 92.3 LAP (posibilidad de tramitar un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos si la infracción no ha prescrito) es contraria a la Constitución (103).

El establecimiento de un plazo en el procedimiento administrativo es una garantía para el administrado que le otorga la seguridad de que no va a estar sometido a un procedimiento sancionador de forma indefinida. Es también una exigencia para la Administración, que se ve legalmente obligada a concluir el procedimiento sancionador en el plazo legalmente establecido. Dicha exigencia, y su correlativa garantía, se verían subrepticamente defraudadas si se permitiera abrir tantos procedimientos sancionadores cuantos fueran posibles antes de la prescripción de la infracción (algunas infracciones tardan hasta varios años en prescribir), sometiendo a un gravamen injustificado y arbitrario al presunto infractor y privando de sentido a la norma que exige a la Administración actuar dentro de un determinado plazo. No hay que olvidar que la caducidad del procedimiento tiene lugar por causas no imputables al presunto infractor,

(102) En este sentido, J. A. LÓPEZ PELLICER, *La actuación...*, cit., págs. 114-115. La interpretación que aquí criticamos supondría incurrir en el equívoco, contra el que ya nos previno S. ROMANO, voz «Poteri. Potestà», en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, pág. 201, de considerar que hay tantos poderes o potestades diversos y distintos cuantos casos o circunstancias se presentan para hacer valer los mismos (págs. 186, 201).

(103) Sostiene que la remisión del artículo 44.2 LAP debe entenderse hecha al apartado 1, y no al 3, del artículo 99, J. A. LÓPEZ PELLICER, *La actuación...*, cit., pág. 116.

por lo que debe ser la Administración la que soporte las consecuencias de un ejercicio deficiente o incorrecto de la potestad sancionadora de la que sólo ella es responsable. Establecer una norma que exige a un sujeto (la Administración) actuar dentro de un plazo determinado y garantiza a otro (el presunto infractor) que el incumplimiento supondrá el archivo de lo actuado y la imposibilidad de dictar resolución sancionadora carece de todo sentido (es arbitrario e irracional) si las consecuencias de dicho incumplimiento las sufre no el sujeto incumplidor, que con dicha interpretación puede actuar nuevamente (incluso varias veces), sino aquel a favor del cual se supone que la norma establece una garantía. Considero, por ello, que el efecto de la caducidad del procedimiento sancionador debiera asimilarse al del *sobreseimiento libre* en el proceso penal (el cual también produce el archivo de las actuaciones, art. 634.III LECrim), que, como se sabe, es equiparable a una sentencia absolutoria anticipada, tiene el carácter de resolución definitiva y produce el efecto (negativo o preclusivo) de cosa juzgada material, de modo que impide un segundo proceso por el mismo hecho y respecto de la misma persona (104). Lo cual no quiere decir que una futura Ley sobre la potestad sancionadora de la Administración no pudiera —o debiera— prever algunos supuestos en los cuales operara una suerte de sobreseimiento provisional del procedimiento sancionador (vía suspensión del mismo) que permitiera su reanudación en determinados supuestos tasados.

(104) Como es sabido, el sobreseimiento es una resolución judicial (Auto) que produce la terminación del proceso penal (sobreseimiento libre) o la suspensión del mismo (sobreseimiento provisional), por faltar los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral (arts. 634 y ss. LECrim). El primero es equiparable a una sentencia absolutoria anticipada y procede en los supuestos previstos en el artículo 637 LECrim: falta de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho, hecho no constitutivo de delito, exención de la responsabilidad criminal de los procesados como autores, cómplices o encubridores. El sobreseimiento provisional representa la manifestación de un estado de duda que impide al tribunal decretar, de momento, la apertura del juicio oral o del sobreseimiento libre. Sus efectos son la suspensión de la causa y el archivo provisional de las actuaciones. Procede cuando no resulta debidamente justificada la perpetración del delito, o cuando no hay motivos suficientes para acusar a determinadas personas como autores, cómplices o encubridores (art. 641 LECrim). Como puede observarse, la caducidad del procedimiento sancionador no encaja en ninguno de los supuestos previstos por la LECrim para el sobreseimiento libre o para el provisional, pero las razones apuntadas en el texto me parecen suficientes para considerar que el efecto de la caducidad debe ser similar al del sobreseimiento libre.

V. EL CONCURSO DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

1. *El concurso de infracciones como técnica ajena al non bis in idem*

El concurso de infracciones, como se anticipó (*supra*, II.4), constituye una figura ajena al *non bis in idem*. Si se alude aquí a ella es porque numerosos autores han vinculado algunas modalidades concursales (en concreto, el concurso ideal) a la prohibición de doble sanción y porque la traslación sin más del tratamiento jurídico que dicho concurso recibe en el CP (pena única agravada) al Derecho administrativo sancionador presenta algunos problemas que abogan por un distinto tratamiento.

La distinción entre el concurso de infracciones (o de delitos) y el principio *non bis in idem* me parece clara. El *non bis in idem* prohíbe la imposición de dos sanciones por la comisión de un único hecho ilícito (o antijurídico), mientras que el concurso de infracciones parte precisamente de lo contrario, de la pluralidad de ilícitos, como su propio nombre indica. El concurso real de infracciones no ofrece dudas, pues parte de una pluralidad de hechos que suponen una pluralidad de infracciones. En tales casos no hay unidad de hecho y, por tanto, no entra en juego el *non bis in idem* (105).

Las dudas surgen en el concurso ideal, que presupone la denominada unidad de hecho o de acción: un solo hecho constituye dos o más infracciones. Algunos autores han considerado recientemente que el tratamiento punitivo más benigno que el artículo 77 CP otorga al concurso ideal (pena de la infracción más grave aplicada en su mitad superior) constituye una manifestación más del principio *non bis in idem*: dado que en el concurso ideal una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto, el *non bis in idem* impediría una doble valoración de esa unidad de hecho en la determinación de la pena, que nunca podría consistir en la suma de las previstas para las dos infracciones (106). Así entendido, el *non bis in idem* prohibi-

(105) El TS lo ha señalado de forma clara en su sentencia de 10 de noviembre de 1990: «es indudable que el principio *non bis in idem* no resulta vulnerado cuando las penas se aplican por acciones típicas diversas [...] la punibilidad acumulativa que se fundamenta en un concurso real de delitos no determina vulneración alguna del principio *non bis in idem* precisamente por la diversidad de las acciones sancionadas».

(106) A. CUERDA RIEZU, *El concurso...*, cit., págs. 849-850, que pone este ejemplo: si un único disparo provoca un aborto y el homicidio de la mujer embarazada, «no es posible aplicar el sistema de la acumulación, porque ello supondría valorar la acción de disparar doblemente: una vez para el homicidio y otra vez para el aborto, y tendría como consecuencia una penalidad desproporcionada, como si hubiera habido dos acciones (dos disparos) independientes». En el mismo sentido, J. J. GONZÁLEZ RUS, en M. COBO DEL ROSAL

ría que un mismo sustrato real pueda ser valorado dos veces produciendo una pluralidad de efectos jurídicos (107). Pero, como vimos, el principio no parte del mero hecho o sustrato real, sino de la valoración jurídica que del mismo hacen las normas sancionadoras por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Si un mismo hecho admite una pluralidad de valoraciones jurídicas (concurso ideal), la imposición de diversas sanciones no supone violación alguna de la prohibición de doble valoración. Como se ha señalado, lo que contradice el *non bis in idem* «es la plural toma en consideración de la valoración y no del sustrato fáctico subyacente»; por ello, el ámbito en el que resulta lícito cuestionarse la operatividad del principio no es «el de la mera identidad total o parcial del concreto hecho subyacente, sino su valoración jurídica [...] La imposición de varias consecuencias jurídicas sólo resultará por ello contraria al principio cuando haya procedido de una pluralidad de valoraciones jurídicas, siendo que una de ellas incorpora expresa o tácitamente a las demás» (108).

Otro argumento utilizado para justificar el tratamiento especial del concurso ideal y su conexión con el *non bis in idem* es el relativo al «menor contenido de injusto»: cuando un solo hecho —se dice— lesiona o pone en peligro dos bienes jurídicos hay un *menor contenido de injusto* que cuando ello tiene lugar mediante dos hechos distintos, por lo que la mera acumulación de penas en el primer caso vulneraría el *non bis in idem* (109). Pero esto es harto discutible si se tiene en cuenta que «injusto» equivale a «hecho antijurídico» (110). La antijuridicidad, por su parte, puede ser entendida, en sentido formal, como contrariedad a Derecho, pero también se habla de ella en sentido material, significando la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico. Es decir, que injusto equivale a hecho contrario a Derecho porque lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Si en el concurso ideal, al igual que en el real, se lesionan o ponen en peligro dos o más bienes jurídicos, residiendo la diferencia en la uni-

(dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 1999, pág. 913; G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., págs. 323, 345, 356. En el Derecho administrativo sancionador, A. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pág. 445.

(107) A. CUERDA RIEZU, *El concurso...*, cit., pág. 845.

(108) R. GARCÍA ALBERO, «*Non bis...*», cit., págs. 239 y 272 y ss. También consideran acertadamente que el fundamento del concurso ideal no reside en el *non bis in idem*: M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho...*, cit., pág. 91; F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación...*, cit., pág. 498; F. NAVARRO CARDOSO, *Infracción...*, cit., pág. 35. En el Derecho administrativo sancionador, M. REBOLLO PUIG, *Potestad...*, cit., págs. 892 y 894; J. M. TRAYTER, *Manual...*, cit., pág. 210; M. REBOLLO PUIG/M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la Inspección de consumo*, Madrid, INC, 1998, pág. 114.

(109) A. CUERDA RIEZU, *El concurso...*, cit., pág. 849; J. J. GONZÁLEZ RUS, *Comentario...*, cit., pág. 912; G. BENLLOCH PETIT, *El principio...*, cit., págs. 356 (por nota), 373.

(110) *Vid.*, por todos, S. MIR PUIG, *Derecho...*, cit., pág. 112.

dad o pluralidad de hechos, no se entiende la afirmación de que en el concurso ideal hay un menor contenido de injusto que en el real.

Por último, si el fundamento del concurso ideal residiera en la necesidad de respetar el *non bis in idem*, el propio tratamiento jurídico que dicho concurso recibe en el CP resultaría inconstitucional, pues admite la posibilidad de que la pena llegue a ser idéntica a la del concurso real, esto es, que alcance la suma de las penas correspondientes a las infracciones cometidas: en los casos de concurso ideal y medial —dice el art. 77.2 CP— «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones». No puede exceder dicha suma, pero sí puede ser igual.

Ello no obstante, la figura del concurso ideal de infracciones (al igual que el real y medial) es plenamente aplicable al Derecho administrativo sancionador, pero dicha traslación debe desvincularse del *non bis in idem* y, en todo caso, traducirse en un tratamiento jurídico distinto al ofrecido por el Derecho penal dados los problemas que, como paso a analizar, la imposición de una sanción única agravada puede provocar en aquél (111).

2. *Los problemas que genera en el Derecho administrativo sancionador el tratamiento del concurso ideal y medial.*
Una posible solución: la aplicación de las dos sanciones de forma atenuada

La imposición de la pena más grave cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones, o una es medio para cometer otra, tiene sentido si las penas o sanciones pueden compararse y, por tanto, es posible determinar cuál de ellas es la más grave. En el CP y en las leyes especiales las penas son más o menos homogéneas, cada delito tiene individualizada la suya y es el mismo órgano quien aplica las normas sancionadoras en cuestión. Sin embargo, en el Derecho administrativo sancionado, las sanciones presentan una mayor heterogeneidad, cada infracción no tiene individualizada la suya, sino que las infracciones se clasifican en tres grandes grupos (leves, graves y muy graves) a los que se les atribuye el mismo tipo de sanción, y puede que las normas que contemplan las infracciones concurrentes

(111) El fundamento del tratamiento más benévolo residiría, según algunos, «en razones inscritas en las diversas tradiciones jurídicas» (VIVES ANTÓN) o en el deseo de evitar que la producción de varios delitos equivalga a la realización de varias acciones (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN). *Vid.* A. CUERDA RIEZU, *El concurso...*, cit., págs. 289 y 294.

deban ser aplicadas por órganos diversos. Ello supone que, en caso de concurso de infracciones (ideal o medial), imponer la sanción más grave es harto complicado por la dificultad que ofrece la propia determinación de la sanción presenta una mayor gravedad, pudiendo darse también el caso de que las sanciones sean idénticas. Si el concurso de infracciones se da entre una infracción penal y otra administrativa (un hecho lesiona un bien jurídico protegido por una norma penal y otro distinto protegido por una norma administrativa), las dificultades para determinar la sanción más grave serán aún mayores dada la mayor heterogeneidad entre penas y sanciones.

Pero los problemas que plantea el tratamiento del concurso ideal y medial no acaban ahí. Si finalmente puede concluirse que una de las sanciones es más grave que la otra, uno de los órganos debe abstenerse de ejercer la potestad sancionadora y remitir el expediente a aquel que es competente para aplicar la norma que prevé la sanción mayor, pues si la aplicara él incurriría en un vicio de incompetencia. Si el concurso se da entre infracción penal y administrativa y el Juez concluye que la sanción más grave es la prevista en la norma administrativa, ¿debe abstenerse él de continuar el proceso y permitir que aplique la norma el órgano administrativo con competencia para ello? Obviamente, no.

Estos problemas demuestran que el concurso ideal y medial de infracciones, salvo supuestos puntuales en que se trata de un concurso de infracciones previstas en la misma norma (aguas, tráfico, etc.), que aplica normalmente el mismo órgano o los órganos de la misma Administración, deben recibir un tratamiento distinto al postulado en el artículo 77 CP (112). Una posible solución pasaría por admitir la imposición de las dos sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, pero de forma atenuada. De este modo no habría necesidad de comparar las sanciones para determinar la más grave ni se plantearían problemas competenciales algunos, pues cada órgano ejercería la potestad sancionadora respecto de la infracción para la que es competente. Dicha atenuación podría consistir en imponer las sanciones en su grado mínimo o, si se trata de concurso entre delito e infracción y el delito se ha impuesto sin tener en cuenta (como será lo normal) que el hecho también puede ser constitutivo de infracción administrativa (delitos cometidos por funcionarios públicos), imponer la sanción de la infracción administrativa inferior en grado.

(112) El artículo 279.III del Código de la Circulación (aún vigente en este punto) dispone que: «Las sanciones señaladas en el presente Código no serán acumuladas cuando una infracción sea medio necesario para cometer otra, o cuando un mismo hecho constituya dos o más infracciones, imponiéndose en estos casos únicamente la sanción más grave de las que corresponda».

Esta solución ya tiene algún reflejo en el propio Derecho positivo. El artículo 5.2 del Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora señala que si los órganos comunitarios han impuesto una sanción por unos hechos por los que también se ha tramitado un procedimiento sancionador, el órgano administrativo competente para resolver deberá tener en cuenta aquella sanción «a efectos de graduar la que, *en su caso*, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción». La única lectura compatible con el *non bis in idem* que admite este precepto es entender que, en realidad, no contempla un concurso de normas, pues si así fuera en *ningún caso* cabría una sanción posterior por los mismos hechos, sino un concurso de infracciones, de modo que la expresión «en su caso», que he destacado en cursivas, aludiría a la posibilidad de que la Administración imponga una sanción por los mismos hechos, si éstos lesionan o ponen en peligro un bien jurídico distinto al contemplado por la norma comunitaria (113). Por su parte, el artículo 17.2 de la Ley vasca sobre la potestad sancionadora de la Administración establece, más claramente, que si la pluralidad de infracciones proviniese de un solo hecho o una de las infracciones fuese medio necesario para la comisión de otra, se impondrán «las sanciones menos graves de las establecidas para cada infracción» (114).

Al margen de las concretas propuestas y soluciones ofrecidas, una consideración final se impone en relación con el tema aquí tratado. Los problemas que plantea el *non bis in idem* en el ámbito del Derecho administrativo sancionador no hacen sino revelar la tensión entre los distintos bienes e intereses que laten en el seno del poder punitivo del Estado; un poder, como se nos ha recordado recientemente, en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre el Estado y el ciudadano, entre autoridad y libertad, entre la seguridad de la sociedad y los derechos individuales, razón por la cual el Derecho sancionador ha estado siempre en el centro de la reflexión jurídico-filosófica (115). El legislador español no puede sustraerse por más tiempo a dicho debate y reflexión, pues es a él a quien corresponde en el plano normativo conciliar dichas tensio-

(113) La regulación de dicho precepto ha llevado a afirmar a R. PARADA, «*Non bis in idem* (D.º Administrativo)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Cívitas, 1995, que el principio *non bis in idem* no rige para las sanciones impuestas por los órganos comunitarios europeos (pág. 4438). El precepto, sin embargo, también puede ser interpretado en el sentido que apunto en el texto.

(114) La Exposición de Motivos de dicha Ley justifica la medida no en los problemas aquí planteados, sino en la ausencia en las sanciones administrativas de una función rehabilitadora.

(115) L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pág. 21.

nes, aprobando cuanto antes una Ley general sobre la potestad sancionadora de la Administración en la que dé cumplida respuesta a los numerosos interrogantes y problemas (tanto sustantivos como procedimentales) que el Derecho administrativo sancionador tiene vivamente planteados y aún no resueltos en nuestro país. Aunque es cierto que la calidad actual de nuestras leyes deja mucho que desear, no puedo compartir el juicio de que lo mejor que puede hacer el legislador en estos momentos es dejar las cosas como están, para que siga encargándose la jurisprudencia de configurar el Derecho administrativo sancionador, como hasta ahora lo viene haciendo (116). La creación de las normas sancionadoras, como del Derecho en general, no es competencia —entiendo— de la prudencia, tino o ingenio de ningún Juez (ello sólo contribuiría al empobrecimiento de la normatividad del Derecho), sino que corresponde al quehacer indeclinable del legislador. La misión de la doctrina, en su labor crítica y censora, es denunciar la situación existente, abogar por la posibilidad de que se elaboren buenas leyes y exigir al Parlamento su inmediata aprobación.

(116) A. NIETO, *Derecho...*, cit., pág. 17.

