

ELENA GÓRRIZ ROYO

Doctora en Derecho

Profesora Ayudante de investigación en Derecho Penal

Universitat Jaume I - Castellón

Sentido y alcance del “*Ne bis in idem*” respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (En especial la *STC 2/2003, 16 de enero*)*

* El presente trabajo fue elaborado gracias al disfrute de una beca de estancia de investigación, concedida por la *Fundación Caixa Castelló- Bancaixa* en colaboración con la *Universitat Jaume I*, en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Freiburg i. Br. (Alemania).

SUMARIO

I.- CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II.- BREVE REPASO HISTÓRICO DE LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS SSTC 2/1981 DE 30 DE ENERO Y 77/1983, DE 3 DE OCTUBRE III.- DESARROLLOS ACTUALES DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* Y REGLA DE PREFERENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. III.1.- La relajación de la regla de preferencia de la jurisdicción penal a raíz de la STC 177/1999, de 11 de octubre III.2.- El desarrollo de la doctrina constitucional a través de la STC 152/2001, de 2 de julio y en la jurisprudencia ordinaria. III.3.- La nueva orientación del *ne bis in idem* a raíz de la STC 2/2003, de 16 de enero IV.- TÉCNICAS LEGISLATIVAS CONFIGURADAS EN DERECHO COMPARADO PARA EVITAR SUPUESTOS DE *BIS IN IDEM*. V.- CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA REGULAR LA PREFERENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Entre los principios que fundamentan a la par que limitan el Derecho penal,¹ el *ne bis in idem* ha ido adquiriendo en el ordenamiento jurídico español una progresiva importancia merced la especial atención prestada al mismo en nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria.² La inusitada impronta que el principio *ne bis in idem* ha experimentado, en especial, en recientes

- 1 En nuestra doctrina la concepción de los principios penales como límites a la vez que fundamentos del Derecho penal, ha sido auspiciada por COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTÓN, T.S., en *Derecho Penal. Parte General*. 5º Ed., 1999, págs.64 y ss; también págs. 823 y 824. También SILVA SÁNCHEZ, J.M., sostiene que “los denominados “límites” son fines del Derecho penal, no ya por la razón de que todo lo que limita de hecho co-fundamenta, sino porque el Derecho penal moderno se justifica básicamente, frente a otros modelos anteriores y otros medios de control social, por el cumplimiento de tales finalidades garantísticas (que diversos sectores de la doctrina denominan “límites”), en *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág.281 y nota al pie nº 421.
- 2 En adelante se empleará indistintamente la denominación “*ne*” o “*non*” *bis in idem*, porque ambos brocados son términos sintéticos del aforismo latino “*bis de eadem re ne sit actio*” o “*bis de eadem re agere non licet*” que -atendiendo a la interpretación de SAVIGNY-, significaba que “la cosa que hemos obtenido en virtud de una acción, no puede ser reclamada por segunda vez a través de una acción nueva”. Sobre este origen del principio como *regla procesal* y su rápida extensión a los sistemas jurídicos posteriores hasta la actualidad, *vid.* DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Barcelona, 1998, págs.34 a 37.

sentencias del Tribunal Constitucional español (en adelante, T.C.) es, en realidad, lógica consecuencia de un proceso que –a mi modo de ver– sigue en marcha y en el que los perfiles de dicho principio se han ido y aún se están esbozando. Puede decirse que esta evolución o proceso de configuración del citado principio, ha estado marcada por dos hitos de indudable trascendencia, como han sido –primero–, la promulgación de la Constitución española de 1978 y –después–, la entrada en vigor del Código penal español de 1995.

La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) dio carta de naturaleza y soporte a numerosos principios penales, unas veces de forma *expresa* como por ejemplo en relación con los de legalidad, tipicidad e irretroactividad de las leyes penales (art.25.1 CE) y otras de forma *tácita*, como es el caso del principio que nos ocupa. Precisamente debido a la falta de referencia constitucional explícita del principio *non bis in idem*, éste ha recibido una especial atención por parte de la doctrina y, como no podía ser de otra forma, por parte del Tribunal Constitucional, principal interprete de nuestra Norma Fundamental. De hecho, en la actualidad, ninguna duda cabe de que la tarea en aras a la elaboración del citado principio, ha estado impulsada por la jurisprudencia constitucional y su desarrollo y aplicación han corrido a cargo de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS), si bien bajo el análisis y crítica de nuestra doctrina, tanto administrativa como especialmente penal. Como podrá comprobarse a continuación, los pronunciamientos del TC han marcado la pauta para poder diferenciar *dos periodos* en el proceso de elaboración del citado principio: el primero de ellos aproximadamente dura desde principios de los años ochenta hasta finales de los noventa y el segundo se extiende desde finales de los noventa hasta la actualidad.

Como decía, el segundo hito en el proceso de configuración del *ne bis in idem*, fue la *promulgación del Código Penal de 1995* (en adelante, CP) por cuanto ha dado entrada a la posibilidad de aplicar dicho principio a una multitud de nuevos supuestos, habida cuenta de la creación "*ex novo*" de numeroso delitos y por ende,

de la mayor penetración que el Derecho penal ha experimentado en otros ámbitos jurídicos hasta ahora ajenos a la intervención penal. En especial, destaca la expansión que el Derecho penal ha tenido en el ámbito del Derecho administrativo sustantivo y disciplinario, si bien también puede advertirse en otros sectores como el Derecho mercantil y el Derecho civil. No obstante, el presente estudio, se orientará al análisis de la operatividad del principio "*ne bis in idem*" en relación con delitos dependientes o vinculados al Derecho administrativo y que han motivado el fenómeno de la *administrativización del Derecho penal*.³

Esta orientación tiene su razón de ser en una idea que interesa destacar por obvia que parezca. Me refiero a que, el *ámbito de aplicación* del principio *ne bis in idem* es en propiedad, *el ordenamiento sancionador en su conjunto*.⁴ Esto es, *tanto en el ordenamiento jurídico-penal como en el administrativo sancionador*.⁵ De manera que el citado principio cobra vigencia a dos niveles: en la *esfera interna* de las dos ramas del *ius puniendi* –penal y administrativo sancionador–, y en la *externa*, esto es, cuando las infracciones y sanciones de ambos ordenamientos concurren en la tutela de los mismos intereses. Así pues, este principio adquiere especial relevancia en las materias "límitrofes" entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Esto es, en aquellos sectores de la actividad en los que se manifiestan los intereses cuya tutela jurídica atañe tanto al ordenamiento penal como al administrativo sancionador y que por ello se ocasionan

3 Para un acercamiento a dicho concepto *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., en *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª Ed., Madrid, 2001, págs.122 a 130.

4 *Vid.* GARCÍA ALVERO, R., "*Non bis in idem*" material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pág.28.

5 También considera que no existe obstáculo teórico para entender aplicable el *ne bis in idem* a las relaciones entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, BELLOCH PETIT, G., pese a que como explica dicho autor, entre la doctrina de otros países de nuestro entorno no se admite dicha posibilidad, en "El principio de non bis in idem en las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario" *Poder Judicial*, nº51, 1998, págs. 312 y 322.

solapamientos entre normas de ambos ámbitos. No por casualidad han sido nuevos delitos, como por ejemplo los relacionados con el medio ambiente, los que han motivado algunas sentencias del TC español (en adelante, STC) con las que se ha innovado en la configuración del principio *ne bis in idem*. Como habrá ocasión de comprobar, en estos últimos pronunciamientos, ha recibido una mayor atención la llamada *vertiente procesal* del *ne bis in idem*, ciertamente menos elaborada que su *vertiente material*, a la que con preferencia se dedicaron las sentencias emanadas en las décadas de los ochenta y noventa. Como es sabido –y en ello resulta ocioso profundizar–, el llamado *ne bis in idem material*, constituye una verdadera *garantía* a favor del ciudadano que ha cometido determinado ilícito, pues implica que no podrá ser castigado dos veces por esa misma infracción. En su *vertiente procesal*, dicho principio implica que nadie podrá ser juzgado dos veces por unos mismos hechos.⁶ De modo que incluso, cabe conceptualizar el *ne bis in idem* procesal como un derecho del individuo “...encuadrado en el derecho a un proceso con todas las garantías” (art.24 CE),⁷ en coherencia además con la proclamación de textos internacionales como el art. 14.7 del Pacto de New York de 19 de diciembre de 1966.⁸

6 Vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, Op. cit. pág.91. De opinión próxima PÉREZ MANZANO, M., diferencia entre “el derecho a no ser sancionado de forma múltiple” y “el derecho a no ser sometido a un doble proceso” en referencia respectivamente a la vertiente material y procesal del *ne bis in idem*, en *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, pág.175.

7 En este sentido VIVES ANTÓN, T.S., *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pág.359.

8 Vid., entre otras muchas, la STS de 1 de octubre de 2002, RA 8685 (ponente BACIGALUPO ZAPATER, E.) en cuyo F.D. 1º punto 1, se afirma que “el art. 14.7 del Pacto de New York de 19-12-1966 integra el orden jurídico español según lo dispone, en general, el art. 96.1 y, en particular, el art. 10.2 de la CE. De esta manera se completa el art. 24 CE, que carece de una prohibición expresa de *ne bis in idem*. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que esta garantía se puede deducir del art. 25.1 CE (ver STC 2/1981).”

A pesar de que existe un considerable consenso para definir el principio *ne bis in idem*, conforme a las vertientes *material* y *procesal* citadas, a mi entender, el *proceso de delimitación de dicho principio sigue abierto*. De modo que el *objeto de estudio* de este trabajo versará principalmente sobre el análisis de los últimos desarrollos de dicho principio y su coordinación con la *regla de preferencia del orden jurisdiccional penal* en nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, en especial a la luz de la novedosa doctrina introducida por la STC 2/2003, de 16 de enero.

El estudio de los pronunciamientos del TC en relación con este principio se hace necesario porque no puede obviarse que en el ordenamiento español, el *non bis in idem* es un principio de eminente configuración jurisprudencial, debido a la inexistencia de proclamación constitucional expresa, como a continuación se comprobará. Dicha ausencia no se produce en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico en los que además –debido al distinto desarrollo histórico de sus respectivos sistemas sancionadores–, rara vez se excepciona la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal al concebirse el *ius puniendi* como una única potestad punitiva en la que encuentran fundamento ambas máximas.⁹ De ahí la conveniencia de volver la vista brevemente al *Derecho comparado*, para analizar las técnicas legislativas adoptadas para evitar los casos problemáticos enjuiciados en recientes sentencias de nuestro T.C. por si pudiera extraerse de la regulación del *ne bis in idem* en otros países, algunos criterios para mejor definir este principio en el ordenamiento jurídico español y su correcta coordinación con la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal.

9 Sobre la distinta evolución de los sistemas penal y administrativo en España y en otros países de nuestro entorno jurídico, en especial, en Alemania, *vid.* GARCÍA ALVERO, R., “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor J.M Valle Muñiz*, Elcano, 2001, págs.299 y ss.

A la luz del análisis esbozado se tratará de ofrecer, por último, unas consideraciones críticas y ciertas propuestas de *lege ferenda*, para la futura orientación del *ne bis in idem* y de la *prevalencia de los pronunciamientos de la jurisdicción penal*, tratando con ello de contribuir a la precisa definición de los contornos de ambas máximas y de sus ámbitos de aplicación.

II. BREVE REPASO HISTÓRICO DE LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO “NE BIS IN IDEM” EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: especial referencia a la STC 77/1983, de 30 de octubre

El *ne bis in idem* en su doble vertiente *material y procesal*, es un principio de incipiente aparición en nuestro país¹⁰ y en consecuencia tanto su *fundamento*, como su *reconocimiento constitucional* y su *ámbito de aplicación* se han ido perfilando en tiempos recientes. Para advertir la evolución que en dichos aspectos ha experimentado el *ne bis in idem*, se hace preciso analizar de forma sucinta el entendimiento que del mismo principio se realizó en el primero de los períodos anteriormente citados. Esto es, *desde la promulgación de la Constitución de 1978 hasta finales de los años noventa*.

Para ello primeramente conviene reparar en que en el *ordenamiento sancionador anterior a la entrada en vigor de nuestra Norma Fundamental* regía el así llamado “principio de independencia de la potestad administrativa” que permitía la plena compatibilidad entre la pena y la sanción administrativa, tanto

10 Como, entre otros, lo constata MUÑOZ LORENTE, J., *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*, Madrid, 2001, pág.19.

disciplinaria como del llamado "orden general."¹¹ Como consecuencia se impuso lo que GARCÍA DE ENTERRÍA denominó *compatibilidad de sanciones administrativas y penales* y que, con buen criterio el citado autor, criticó porque legitimaba verdaderas situaciones de *bis in idem*.¹² No en vano, el reconocimiento del principio *ne bis in idem* en nuestro ordenamiento, como principio constitucional en su doble vertiente material y procesal, supuso una auténtica transformación que venía siendo demandada por la doctrina administrativa y penal¹³ y también por una tímida jurisprudencia.¹⁴

- 11 Así entre otras, las SSTs de lo criminal, 21 de junio de 1966 (Ar. 3240, Csd. 2º), 28 de noviembre de 1966 (Ar. 5348, Csd. único) y la STS de lo contencioso-administrativo de 7 de abril de 1967 (Ar. 2156, Csd. 4º).
- 12 Así *vid.* "El problema jurídico de las sanciones administrativas" REDA, 1976, nº 10, págs. 415 a 417. Haciéndose eco de dicho principio, *v.gr.* la STS de lo contencioso de 24 de noviembre de 1960 (Ar. 4190, Csd. 1º) que se remite a toda la jurisprudencia que desde 1953 venía estableciendo que "...no existe incompatibilidad entre la sanción gubernativa y el procedimiento penal, pues un mismo hecho puede ofrecer aspectos jurídicos diferentes..." También la STS de lo contencioso, de 20 de febrero de 1978 (Ar. 635, Csd. 1º), en la que afirma la naturaleza independiente y la compatible existencia de la potestad judicial y la sancionadora administrativa.
- 13 Como destacó CUERDA RIEZU, A., en aquel momento la doctrina reivindicó la concreción de los límites y del contenido del principio *ne bis in idem*, ante la inseguridad que reinaba al respecto. Así, "El concurso de delitos en el Borrador del Anteproyecto del C.P. de 1990" en ADPCCPP, tomo XLIV, mayo-agosto de 1991, pág.840, nota al pie nº69. Entre los autores administrativistas, MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., dirigió sus críticas a las normas administrativas que permitían la doble sanción, en "Sanciones penales y sanciones gubernativas", en *Problemas actuales de Derecho Penal*, Salamanca 1971, pág.16.
- 14 En contra de las normas administrativas que permitían la doble sanción *vide* entre otras las SSTs de 11 de mayo de 1965 y de 7 de marzo de 1978. Entre dichas normas pueden citarse por ejemplo, el art.225 de la Ley del Suelo de 1976 (Decreto 1346/1976 de 9 de abril) en el que se establecía que "la comisión de infracciones urbanísticas llevará consigo la imposición de sanciones a los responsables...con independencia...de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores." También el art.603 apartado 2º del antiguo Código Penal (texto de 1973, en adelante, ACP) establecía expresamente en materia de *faltas* la posibilidad de imponer conjuntamente sanciones penales y administrativas por un mismo hecho.

Sin embargo, el constituyente español decidió excluir la proclamación expresa del principio de la Norma Fundamental, tal y como denunciaron doctrina y jurisprudencia, aunque ello no fue impedimento para deducir implícitamente su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Para realizar dicha deducción, en la doctrina penal se apeló de un lado, al principio de *unidad de la soberanía*¹⁵ y de otro al argumento según el cual “que el artículo 25. 1º (de la Constitución) no contenga una descripción expresa del non bis in idem, no significa que no esté constitucionalizado...”¹⁶ Similar dirección adoptó la jurisprudencia del T.C. pues ya en uno de sus primeros pronunciamientos, la trascendental *STC 2/1981, de 30 de enero* (F.J.4º), se llegó a la conclusión de que a pesar de que los parlamentarios en la Comisión de Asuntos constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, prescindieran del principio “*ne bis in idem*” en la redacción del art.9 del Anteproyecto de Constitución, dicho principio “...*va íntimamente unido a los principios de Legalidad y Tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el art.25 de la Constitución*” (cursiva añadida).¹⁷

La importancia de la citada sentencia no sólo estriba en conectar la prohibición del “*ne bis in idem*” con los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el art.25.1 C.E. reconociendo su “valor fundamental”, sino también en que extendió la aplicación del *ne bis in idem* a todo el ámbito sancionador. Esto es, tanto al Derecho administrativo sancionador como al penal. Además dicha

15 Vid. VIVES ANTÓN, T.S., en “Comentarios a la legislación penal, tomo I, Madrid, 1982, pág. 48 (y nota al pie nº 139).

16 En este sentido COBO DEL ROSAL, M./ BOIX REIG, J., en “Garantías constitucionales del Derecho Sancionador”, *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, pág.214.

17 En sentido próximo la *STC 159/1985*, (Sala segunda) de 27 de noviembre (FJ 3º) en la que se declara que si bien *el ne bis in idem* “...no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, FJ 4º, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la norma fundamental.”

resolución proporcionó los *presupuestos elementales* para la concreta aplicación del principio en todo el ordenamiento sancionador, al establecer en el mismo F.J. 4º que “*el principio general del derecho conocido como “non bis in idem” supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal–, en los casos en que se aprecie la identidad de hecho, sujeto y fundamento.*” (cursiva del texto).

Con esta declaración el T.C. proclamó por primera vez la *exigencia de verificar la llamada “triple identidad”* para impedir la doble sanción, es decir, consideró necesario probar que tanto el sujeto, como los hechos cometidos y sobre todo el fundamento de las infracciones realizadas –esto es, el *contenido de injusto* de las mismas–,¹⁸ fueran idénticos. Y finalmente añadió además un *requisito negativo* por cuanto la concurrencia de éste excluiría la aplicación del principio *ne bis in idem*. Esto es, a pesar de verificar la triple identidad comentada, la existencia de una *relación de sujeción o supremacía especial*, permitiría imponer simultáneamente dos sanciones.¹⁹

Al margen ahora de lo criticable que resulta la STC 2/1981, de 30 de enero, por permitir que existan ámbitos excluidos a la vigencia del *ne bis in idem*,²⁰ lo cierto es que al menos

18 En este sentido, haciendo una interpretación despojada de formalismos, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 2º Ed. 1997.pág.37.

19 En concreto, para el T.C. cabrá prohibir la doble sanción, constatada la triple identidad, siempre que no exista “una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...) que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración” (FJ 4º STC 2/1981, de 30 de enero).

20 Para evitar que el presente trabajo exceda de una extensión razonable, no será objeto del mismo la negación de la vigencia del principio *ne bis in idem*, en las llamadas *relaciones de especial sujeción o de supremacía especial*. Sin embargo, quisiera dejar al menos apuntado que considero fundadas las críticas que, principalmente, desde un sector de la doctrina administrativista se dirigen contra la exclusión del principio en este ámbito y por consiguiente,

introdujo claridad en tres aspectos. El primero de ellos es que el *fundamento constitucional* del citado principio se ubica en el art.25.1 CE, es decir, se vincula al principio de *legalidad* y *tipicidad* de las sanciones penales y administrativas. En segundo lugar, el presupuesto para la aplicación del principio es la verificación de la llamada *triple identidad, subjetiva, objetiva y de fundamento*. Y por último –como se ha criticado–, no se considera vulnerado el *ne bis in idem* cuando concurren sanciones impuestas por los tribunales (penales o contencioso-administrativos) y sanciones disciplinarias, dirigidas en exclusiva a los inmersos en una relación de especial sujeción.

En cuanto al fundamento del *ne bis in idem*, a pesar de que inicialmente la justificación de este principio en el de *legalidad* (art.25.1 CE) tuvo una buena acogida por doctrina y jurisprudencia,²¹ también suscitó la crítica que apuntaba la artificiosidad de tal construcción. Y, consciente o no de dichas críticas, lo cierto es que el TC modificó ligeramente dicha justificación en posteriores sentencias, admitiendo otros fundamentos del principio *ne bis in idem*, principalmente su vinculación al *principio de proporcionalidad*, por cuanto éste exige “...mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y de la pena.”²² En conclusión con respecto al *fundamento del*

se manifiestan en contra de la posible concurrencia de las sanciones disciplinarias con el resto de sanciones –penales o administrativas-. *Vid. in extenso* GARCÍA MACHO, R., en *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992, págs. 210 a 220 y 227 y ss. También LASAGABASTER HERRARTE, I., para quien “queda palmariamente manifiesto que las RSE (relaciones de sujeción especial) por sí mismas no son elemento justificativo suficiente del bis in idem.” En, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994, págs.390 a 396.

21 Entre otras *vid.* las SSTC 23/1986, de 14 de febrero (FJ 1º), 94/1986, de 8 de julio (FJ 4º), 107/1989, de 8 de junio (FJ 4º) y 204/1996, de 16 de diciembre (FJ 1º).

22 En STC 154/1990, de 15 de octubre, (FJ.3º). En el mismo FJ.3º se reconoce que “...aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del Ordenamiento Jurídico, al infringiese al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido.”

ne bis in idem, puede decirse que hasta la actualidad se ha mantenido inalterada la idea de que el citado principio trae causa tanto en el de *legalidad* como en el de *proporcionalidad*.²³ Así se sostiene también en sentencias más recientes en las que se advierte que el fundamento del principio *ne bis in idem material* reside en su conexión con el mandato de previsibilidad de las infracciones y sanciones y en la necesaria proporcionalidad de éstas.²⁴ Pero, en propiedad, éste sería el *fundamento de la perspectiva material* del principio pues, como se ha apuntado, la procesal se enmarca en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.²⁵

Junto al *fundamento del ne bis in idem*, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de delimitar un segundo aspecto del citado principio, cual es su exacto *ámbito de aplicación* y por ende, los *requisitos para su operatividad*. Al respecto merece especial atención la doctrina emanada de la capital *STC 77/1983, de 3 de octubre*.²⁶ Esta resolución no se dedica exclusivamente a

23 Entre la doctrina penal, apuntan la vinculación del *ne bis in idem*, con el principio de proporcionalidad, GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado Democrático*, Universidad de Castilla La Mancha, 1996, pág.76; CUERDA RIEZU, A., “El concurso de delitos...” Op.cit.págs. 845 y 846; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación...* Op.cit.pág.34. PÉREZ MANZANO, M., en *La prohibición constitucional...* Op.cit.págs.26 y 27. En la doctrina administrativa, vid. DEL REY GUANTER, S., en *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990, pág. 123 y 124.

24 En *STC 177/1999*, de 11 de octubre (F.J.3º). Al respecto, vid. *Infra* apartado III.1 de este trabajo.

25 El diferente fundamento de ambas perspectivas o vertientes ha sido defendido de forma convincente por PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...* Op.cit.pág.175.

26 Conviene describir brevemente el supuesto de hecho enjuiciado en esta sentencia y en concreto relativo a un individuo presuntamente responsable de una llamada telefónica al 091 –es decir, a la policía- anunciando la colocación de una bomba. A raíz de su detención, se inicia el procedimiento sancionador mediante expediente gubernativo, pero éste se detiene porque a la vez, se inicia una causa judicial por los mismo hechos. Finalmente dicha causa concluye con un fallo absolutorio basado en la ausencia de pruebas concluyentes que permitiesen acreditar la culpabilidad de aquel individuo. No obstante, el Gobernador civil, valorando los mismos hechos por los que

analizar el principio *ne bis in idem*, sino que en ella también se analizan los *límites de la potestad sancionadora de la Administración*, entre los que, en el F.J. 3º, se destaca: “d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.” En el mismo fundamento se explicita en qué consiste dicha subordinación, al establecerse que:

“La subordinación de los 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 a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control “a posteriori” por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pueden 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; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.” (cursiva añadida).²⁷

Mediante esta declaración, el T.C. reconoció expresamente el instituto de la *cosa juzgada* a la vez que asentó las bases de la operatividad del *ne bis in idem*, por cuanto estableció que, entre otras implicaciones, éste comporta la ilegítima simultaneidad de procedimientos sancionadores penales y administrativos así como, finalmente, la vinculación de la Administración a lo actuado por la Jurisdicción.²⁸ Por último, también confirió tempranamente

fue absuelto penalmente, sanciona a aquel individuo con una multa pecuniaria. La sanción se recurre en la Sala de lo Contencioso, que sobre las mismas pruebas de convicción, confirma la sanción y da por probada la culpabilidad del recurrente, quien por ello acude en amparo ante el T.C.

27 Esta doctrina jurisprudencial ha sido continuada en posteriores resoluciones constitucionales y ordinarias. *Vide* entre otras las SSTS de lo contencioso, de 24 de diciembre de 1985 (RA 6545), de 28 de octubre de 1991 (RA 7833) y 18 de diciembre de 1991 (RA 9750) y plasmada por el legislador en diversas normas administrativas. Con carácter general, en los arts. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y art.133 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, RJAP-PAC).

28 Al respecto, coincido con GARBERÍ LLOBREGAT, J., en “Principio “non bis in idem (art.133 LRJPAC)”, *El procedimiento administrativo sanciona-*

fundamento y efectos a la llamada *regla de preferencia del orden jurisdiccional penal sobre el administrativo sancionador*, lo cual, supuso una auténtica toma de postura del Tribunal a favor de su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico y por ende, en contra de aquella doctrina jurisprudencial que venía negándola. La negación de dicha regla tiene su origen en la tradicional doctrina del Tribunal Supremo que, en síntesis, venía a posibilitar el doble enjuiciamiento, de forma que los órganos administrativos podían conocer una determinada infracción cuando la misma estaba siendo o había sido objeto de un procedimiento jurisdiccional, administrativo sancionador o penal.²⁹

Pues bien, de la *STC 77/1983, de 3 de octubre* se extrae en consecuencia la idea de que, en caso de conflicto entre las normas penales y administrativas, la jurisdicción penal recabará, con preferencia a la Administración sancionadora, el conocimiento de aquellos hechos que puedan ser constitutivos de delito.³⁰ Y ello debido a que, como se reconoce en la mencionada sentencia, la potestad sancionadora está subordinada a la penal. En definitiva pues, la *regla de preferencia penal* se fundamenta en el *principio de subordinación de la Administración a la autoridad o Poder judicial*, que es el que en exclusiva tiene atribuido en nuestro ordenamiento la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art.117.3 CE). Esta concepción deriva a su vez de la vigencia en

dor, (obra consultada en *Base de Datos Tirant-online*), Valencia, 2001, Epígrafe 7.

29 Vid. en concreto las SSTs, Sala 2ª, de 30 de marzo y 27 de noviembre de 1917 en las que se reconoce que “las atribuciones de la Administración para corregir gubernativamente las faltas no excluyen ni limitan la aplicación jurisdiccional de las disposiciones penales; la sanción administrativa no crea cosa juzgada que excluya el proceso y la pena por los mismos hechos, porque las multas y correcciones en que consisten no se reputan penales.”

30 En sentido próximo, en la doctrina administrativa, MARINA JALVO, B., en “Non bis in idem” y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº108, octubre-diciembre de 2000, pág. 608.

nuestro ordenamiento del llamado *principio de unidad del ordenamiento sancionador estatal*, según el cual, tras la Constitución de 1978, el *ius puniendi* es un supraconcepto, del cual son manifestaciones la potestad punitiva penal y la sancionadora administrativa. Así se deduce de una reiterada jurisprudencia constitucional,³¹ cuya aceptación es casi mayoritaria entre la doctrina tanto administrativa como penal.

En efecto, como afirma VIVES ANTÓN, “el principio de *unidad del derecho sancionador*, es un principio *casi* universalmente reconocido; pero, aún para quienes no lo admiten, resultaría excesivo concebir, dentro del mismo ordenamiento, una suerte de compartimentos estancos, incommunicables, constituidos por las normas penales y las disciplinarias.”³²

En consecuencia con esta interpretación, no pueden admitirse ámbitos de la legalidad propios de la Administración, sino que ha de atribuirse a los intereses que ésta tutela idéntica naturaleza que los tutelados en el resto de sectores del ordenamiento jurídico. En principio, la Administración Pública no debería arrogarse intereses exclusivos, por cuanto categóricamente el art.103.1 CE, afirma que en cualquiera de los sectores que aquélla actúe, sirve con objetividad al *interés general*. Y si esto es así, tampoco entre los intereses tutelados a través de las infracciones administrativas y simultáneamente mediante delitos deben admitirse diferencias ontológicas o cualitativas, sino únicamente diferencias de *carácter cuantitativo*, apreciables por lo general en la gravedad de las respectivas sanciones, y en algunos casos, en el contenido de injusto de las correspondientes conductas o incluso en el grado de culpabilidad exigido para cometer el delito.³³

31 Que se inicia con la STC 18/1981, de 8 de junio, (FJ 2º) y que se repite, entre otras, en las SSTC 246/1991, de 19 diciembre (FJ 2º), 197/1995, de 21 de diciembre (FJ 7º) 161/1997, de 2 de octubre (FJ 5º).

32 En *La libertad como pretexto*, Op.cit., pág.363.

33 Para una más precisa distinción entre las llamadas tesis cualitativas y cuantitativas y abundando en las últimas teorías denominadas eclécticas y formales, me remito al análisis que realicé en *Protección penal de la*

Por todo ello, no es descabellado sostener que de la comentada STC 77/1983, de 3 de octubre, (F.J. 3º), se extrae como primera conclusión que las dos manifestaciones del *ius puniendi* estatal, esto es, la penal y la sancionadora administrativa, no se hallan en plano de igualdad, sino que *la potestad administrativa sancionadora es "ad extra" o delegada de la penal*,³⁴ estando por ende, subordinada a esta última.³⁵ A esta lectura de la doctrina constitucional se han realizado diversas matizaciones sobre todo desde la doctrina administrativa,³⁶ pero lo cierto es que su validez se mantuvo inalterada hasta la siguiente etapa del proceso de configuración del principio *ne bis in idem*.

Antes de entrar a analizarla, conviene resaltar las trascendentales consecuencias prácticas que en la configuración de dicho principio tiene el reconocimiento de la regla de *preferencia del orden jurisdiccional penal*, sobre todo porque si ésta garantiza la intervención penal con anterioridad en el tiempo al conocimiento por la Administración de un mismo ilícito, se construye así una suerte de cláusula de salvaguardia del principio *ne bis in idem*. Por cuanto, en un ordenamiento en el que rigiera sin fisuras la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal difícilmente se podría producir en el ámbito procesal una

ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art.319 C.P., Valencia, 2003, págs. 197 a 216.

34 Como con acierto sostiene GARCÍA ALVERO, R., "*Non bis in idem*"...Op.cit.pág. 86.

35 Como segunda conclusión de dicha sentencia con respecto al *ne bis in idem procesal*, cabe extraer la necesaria vinculación de la Administración al planteamiento fáctico realizado por los tribunales de lo penal. Y ello porque, con respecto a la potestad sancionadora administrativa, se sostiene en el F.J.4º que "...no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos han realizado (en referencia a los tribunales penales) pues en otro caso, se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art.25 CE y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto."

36 En especial *vide* la postura crítica de NIETO GARCÍA, A., en *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 3ª edición ampliada, 2002, págs. 21 a 23.

pluralidad de procedimientos –penal y administrativo–, por el enjuiciamiento de unos mismos hechos presuntamente constitutivos de infracción administrativa y delito. Y por ende, tampoco podrían producirse situaciones de doble imposición de una sanción administrativa y una pena por los mismos hechos. Esto es, no podría vulnerarse la prohibición constitucional de *bis in idem*. Así de simple. Y a la vez tan complejo de llevar a la práctica, como demuestra el hecho de que a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, en las llamadas materias “límitrofes” entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se hayan producido multitud de situaciones de doble imposición de sanciones por unos mismos hechos.

Alguno de estos supuestos de doble sanción en materia de medio ambiente ha llegado en sede de amparo a conocimiento del TC, si bien la inicial postura del mismo al respecto resultó insólita, pues lejos de desarrollar la línea jurisprudencial hasta ahora comentada, inició un viraje para delimitar el *ne bis in idem*. Precisamente debido a la nueva orientación que se dio a dicho principio, a mi modo de ver, es posible distinguir la *segunda fase* en la configuración de su ámbito aplicativo, que se analizará seguidamente.

III. DESARROLLOS ACTUALES DE LA CONFIGURACIÓN DEL *NE BIS IN IDEM* Y DE LA REGLA DE PREFERENCIA DEL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL.

El entendimiento del principio *ne bis in idem* en nuestro país y su relación con la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal, ha experimentado una evidente transformación a raíz de varias sentencias recaídas entre finales del siglo XX y principios del XXI: de un lado, las SSTC 177/1999, de 11 de octubre y 152/2001, de 2 de julio, que, en el sentido en que a

continuación se analizará, suponen una ruptura con la línea jurisprudencial hasta ahora comentada, por cuanto relativizan la regla de prevalencia de la jurisdicción penal. Y de otro, la STC 2/2003, de 16 de enero, que en ciertos aspectos se contrapone a estas dos últimas sentencias y vuelve a una concepción del *ne bis in idem* similar a la ya comentada.

III.1. La relajación de la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal a raíz de la STC 177/1999, de 11 de octubre

El primer punto de ruptura con la doctrina jurisprudencial anteriormente comentada lo constituye, a mi modo de ver, la declaración contenida en la STC 177/1999, de 11 de octubre. No en vano, dice VIVES ANTÓN que aquella resolución resuelve un *leading case*, abriendo –más que cerrando–, a discusión una serie de cuestiones referidas al *ne bis in idem*.³⁷ Para mejor comprensión de dicha sentencia, interesa conocer brevemente el *supuesto de hecho* que originó este pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Constitucional con el Voto discrepante de dos de sus seis magistrados integrantes y que resuelve el *recurso de amparo 3.657/94* otorgando efectivamente el amparo a los recurrentes. Como podrá comprobarse, lo sorprendente de la STC 177/1999, es que *anula las dos sentencias de los juzgados de lo penal* y se confirma la sanción administrativa, admitiéndose así la concesión del amparo.

En concreto, los *antecedentes de hecho* tenidos en cuenta en dicho Recurso son los siguientes: el consejero delegado y director de una empresa (IRM Lloreda, S.A.) solicitó el amparo del T.C. por vulneración del principio “*ne bis in idem*” contenido en el art. 25 CE, al ser su empresa sancionada en vía administrativa por la Junta de Aguas de la Generalitat de

37 Vid. “Prólogo” a la obra de PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...* Op.cit.pág.13.

Cataluña (Resolución 19-9-1990)³⁸ y posteriormente, ser condenado él mismo, en su condición de consejero delegado y director, como autor del delito contra la salud pública y medio ambiente del art.347 bis del anterior Código Penal, Texto refundido de 1973 (en adelante, ACP), en Sentencia de 1 de marzo 1995 del Juzgado de lo Penal nº22 de Barcelona;³⁹ dicha condena fue además confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial de Barcelona al rechazarse el Recurso de Apelación (recurso nº.399/94), por Sentencia de 3 de octubre de 1994.

Sobre la base de estos hechos probados, la petición de amparo del recurrente se fundó en *la vulneración del principio de legalidad (art.25.1 C.E.), por infracción del principio “ne bis in idem”, alegando que los hechos tenidos en cuenta por la Administración autonómica para imponer la sanción administrativa*

- 38 Dicha resolución (dictada en el expediente nº D02-00593), estimó que la empresa carecía de autorización para realizar vertidos contaminantes y apreció que los vertidos realizados superaban los límites permitidos, entre otras normas, por la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985. Por todo ello, se condenó a la citada industria, a la multa de un millón de pesetas requiriéndole la autoridad, la instalación de una depuradora y la ejecución de un plan de descontaminación gradual. Al no ser recurrida dicha sanción por la empresa, devino firme, siendo la multa abonada en fecha 6 de junio de 1991.
- 39 La Sentencia mencionada, resolvió el procedimiento abreviado nº 46/93. Sin embargo, conviene destacar que ya en el *acto de juicio oral* -ante el Juez de lo Penal nº 22 de Barcelona- la representación del posterior recurrente en amparo, planteó una *cuestión previa relativa a la vulneración del principio “ne bis in idem”,* por haber sido sancionado anteriormente en vía administrativa por los mismos hechos. No obstante, dicha pretensión fue rechazada por el Juez, quien ordenó la continuación del juicio. Téngase en cuenta además que en el F.J.1º de la Sentencia 1-3-1995, el Juez rechazó la queja formulada por la representación del posterior recurrente en Amparo relativa a la vulneración del principio “ne bis in idem”, alegando *la aplicación de la regla de preferencia de la actuación jurisdiccional sobre la administrativa, aun admitiendo la dualidad de procedimientos sancionadores –gubernativo y penal-, por unos mismos hechos,* pues se entendió que “...la no paralización por la Administración del expediente sancionador y la imposición de la sanción administrativa no podía significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional. No obstante, 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.” (Antecedente 2.c) de la STC 177/1999).

por falta menos grave a la empresa (IRM Lloreda, S.A.) esto es, los vertidos indirectos de aguas residuales contaminantes en el río Congost, fueron los mismos que posteriormente en vía penal se reputaron constitutivos del delito del art.347 bis ACP. Y por ello solicitó la nulidad tanto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo penal nº. 22 de Barcelona el 1 de marzo de 1994, como de la dictada en sede de apelación el 3 de octubre de 1994, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Entre sus alegaciones, el recurrente aducía que la proscripción del *bis in idem*, se hallaba específicamente contemplada en el art.112 de la citada Ley de Aguas,⁴⁰ lo cual debiera haber imposibilitado –en su opinión– el solapamiento de las actuaciones y sanciones de la Administración y de la autoridad judicial por la comisión de una sola conducta infractora; además alegaba que la duplicidad sancionadora no podía considerarse convalidada por deducir de la pena de multa la cantidad abonada como multa administrativa.

Por su parte el Ministerio Fiscal defendió la *desestimación* del recurso por entender que las resoluciones penales no incurrían en vulneración del *ne bis in idem*, sino que dicha conculcación debía imputarse a la Administración sancionadora autonómica al no respetar ésta la prioridad y preferencia del orden judicial penal.⁴¹

40 El art.112 de la Ley de Aguas (Ley 29/1985, 2 de agosto) -en coherencia con la proclamación del principio “ne bis in idem” en el art.133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP-PAC) y con los artículos 5 y 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, (por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en adelante REPEPOS)-, consagra la *regla de la preferencia del orden jurisdiccional penal*. En concreto, aquel precepto establece que en aquellos casos en que las infracciones administrativa pudieran ser constitutivas de delito o falta, “...la Administración pasará el tanto de la culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de la multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.”

41 En concreto el Ministerio Fiscal, realizó unas observaciones, a mi entender, acertadas: en sus alegaciones presentadas el 16 de junio de 1995, se señalaba que la inobservancia por parte de la autoridad administrativa de la regla de

Ello no obstante, el TC admitió a trámite el recurso, si bien no centró el objeto del mismo en el análisis de la *vertiente material* del principio *ne bis in idem*, sino que dio por sentada la existencia de la triple identidad preceptiva para la verificar esta vertiente o aspecto del principio. De modo que sin poner demasiadas dificultades, aceptó que tanto el *hecho*, el *sujeto* como el *fundamento* de la resolución por la que se impuso la infracción administrativa y de las sentencias penales, fueran idénticos. En mi opinión, el TC realizó una reducción excesiva del objeto del recurso, por cuanto consideró como una mera cuestión de legalidad la identidad de sujetos, hechos y fundamento, de modo que no entró a conocer si efectivamente concurrían estos elementos.

En especial, con respecto a la *identidad subjetiva*, no se abordó detalladamente el trascendental problema de si podía admitirse la identidad entre el sujeto sancionado en vía administrativa, esto es, entre una *persona jurídica* –la empresa IRM Lloreda, S.A.–, y el *sujeto-persona física* condenado penalmente, esto es, el consejero delegado y director de dicha empresa, en la que trabajaban treinta empleados. De modo que el T.C. simplemente dio por sentada –de forma muy genérica y tangencialmente–, la identidad entre un *sujeto persona física* y un *sujeto persona jurídica*, cuestión ésta que es la primera vez que resuelve en dicho sentido y que aún sigue abierta a debate

La preferencia del orden jurisdiccional penal, es precisamente la causa que originó la posible vulneración del principio “ne bis in idem.” Opinión que comparto porque, como ha quedado apuntado, considero que dicha regla es una “cláusula de salvaguardia” de la prohibición del *bis in idem*, y por tanto consecuencia lógica de la infracción de aquella regla es la vulneración del principio “ne bis in idem” al quedar éste desprotegido. Por otra parte, el Ministerio Fiscal, motivó la denegación del amparo en una segunda razón: el no agotamiento por parte del recurrente de la vía administrativa, puesto que pudiendo haber recurrido la sanción administrativa, en sede de revisión ante el contencioso-administrativo, al no hacerlo y al ser la acción penal preferente, “...la parte recurrente estaba en cierta medida preconstituyendo el proceso penal.” (Antecedente 8º *in fine*).

entre la doctrina penal.⁴² Principalmente porque, como es sabido, en los ordenamientos de Derecho penal procedentes del sistema romano-germánico rige el principio *societas delinquere non potest* sin que hasta el momento las propuestas encaminadas a superarlo hayan adquirido el consenso doctrinal ni por ende se hayan plasmado en texto legal alguno. Por consiguiente, tampoco se suele admitir la identidad subjetiva entre una persona física y una jurídica, a pesar de que éstas pueden ser destinatarias de las infracciones y sanciones administrativas.⁴³ Como justifiqué en otro lugar,⁴⁴ la solución a adoptar en los casos en que se plantee la identidad entre el sujeto-persona física responsable penalmente y el sujeto persona jurídica responsable administrativamente, no puede ser unívoca. Por el contrario, se impone diferenciar de un lado, la generalidad de los casos en que no será posible admitir aquella identidad a efectos de prohibir la doble sanción penal y administrativa. De modo que no se vulnerará el *ne bis in idem* en el supuesto en que, por unos mismos hechos, se sancione

42 De hecho no existe acuerdo entre los autores sobre las razones por las que en esta sentencia se afirma la identidad subjetiva. Así CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J.-I., consideran que en esta resolución podría haberse afirmado la aludida identidad de sujetos a partir de consideraciones materiales, si bien esta interpretación encontraría un límite "...difícilmente franqueable: formalmente se ha sancionado a sujetos diferentes", en "Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal" en *Actualidad Penal*, nº8, del 21 al 27 de febrero de 2000, pág. 165. Por su parte, MUÑOZ LORENTE, J., considera que en la citada sentencia, no fueron criterios materiales los que llevaron al T.C. a sostener la existencia de identidad subjetiva, sino que "...de forma más precisa, se podría decir que le vinieron dados por las sentencias de instancia" en *La nueva configuración del principio non bis in idem...* Op.cit.pág.74.

43 En el ordenamiento administrativo español, el artículo 130.1 LRJAP-PAC prevé la posibilidad de sancionar a las personas físicas y jurídicas por la comisión de hechos constitutivos de infracción administrativa. Al respecto, *vide* también la STC 246/1991, de 19 de noviembre, en que se reconoce que el Derecho administrativo sancionador, admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas y por ende su capacidad infractora.

44 *Vid. Protección penal de la Ordenación del Territorio...* Op.cit.pág. 292 a 296.

administrativamente a una empresa –persona jurídica– y penalmente a la persona física que comete un delito o falta.⁴⁵ Ahora bien, de otro lado, en los casos en que excepcionalmente y debido a la constatación de una evidente *vinculación material* entre una persona física que representa, dirige o gestiona a la persona jurídica (v.gr. sociedades pequeñas o unipersonales), sea posible afirmar que –precisamente a causa de aquella relación–, la sanción administrativa impuesta a la persona jurídica repercute indirecta pero *materialmente* en la física, a mi modo de ver, ésta sí podría recurrir al alegato de la interdicción de *bis in idem*, para no volver a ser sancionada ni administrativa ni penalmente.⁴⁶

Pudiera pensarse que en la STC 177/999 se adoptó esta *perspectiva material* para admitir la identidad subjetiva, pero lo cierto es que el TC no fundamentó su decisión como hubiera sido deseable. En su lugar dio por verificada la triple identidad y circunscribió el objeto del recurso al enjuiciamiento de la aplicación que de este principio en su *vertiente procesal* y de la *regla de prevalencia jurisdiccional penal* hicieron los tribunales penales.

Es decir, para el T.C. la resolución del recurso, radicaba “...en determinar si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem* o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria...”(F.J.2°).

En apariencia, el T.C. admite una colisión –ciertamente desconcertante– entre el citado principio en su aspecto procesal y la regla de preferencia de la jurisdicción penal, decantándose finalmente por la aplicación del *ne bis in idem* en atención al carácter de derecho fundamental del que goza, y ello porque:

“...en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis*

45 En sentido próximo DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000, pág.95.

46 De opinión similar, DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación...* Op. cit. pág. 474.

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, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una *garantía del ciudadano, complementaria* de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental” (F.J.3º, con cursiva añadida).

Con esta declaración parece que el T.C. hace primar la salvaguardia de los intereses materiales en juego, reforzando el enfoque sustantivo o material del *ne bis in idem* frente al procesal.⁴⁷ Y si bien esta toma de posición merece una valoración positiva, de otra parte resulta criticable la concepción que se sostiene de la regla de preferencia del orden judicial penal, pues la define como “...el orden de preferencia que *normativamente* se hubiese establecido...” omitiendo –consciente o inconscientemente– cualquier alusión al reconocimiento constitucional de esta regla que se proclama en la STC 77/1983, de 3 de octubre. Es decir, el T.C. conceptúa dicha regla como exigible *sólo cuando así lo establezca una concreta norma*, en este caso, el art. 112 de la Ley de Aguas. Junto a este discutible entendimiento, también puede cuestionarse la definición de dicha regla como garantía del ciudadano complementaria del *ne bis in idem*, por cuanto aún siendo cierto que se trata una garantía del ciudadano, lo es pero de *forma mediata*, dado que, con carácter principal, a través de la prevalencia de la jurisdicción penal se trata de salvaguardar la prohibición del *bis in idem*.⁴⁸

47 Hasta tal punto es así, que entiende reprochable el que “...la perspectiva que en sus Sentencias condenatorias han considerado 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, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego” (F.J. 4º).

48 En consecuencia, esta regla no sería una mera garantía complementaria del principio “ne bis in idem”, sino más bien la principal y única garantía del

En conclusión, de esta sentencia se deduce que el *aspecto material* del principio *ne bis in idem* informa no sólo el aspecto procesal del mismo, sino incluso la regla de preferencia del orden judicial penal⁴⁹ y asimismo se vincula dicha regla al principio *ne bis in idem procesal*.⁵⁰ Sin embargo, a mi modo de ver, aunque aparezcan imbricados, la regla de preferencia de la jurisdicción ordinaria no deriva del *ne bis in idem*, ni este principio de aquella regla, sino que ésta se fundamenta en *la subordinación de la Administración a la autoridad judicial*,⁵¹ que es una máxima sustancial que permite ofrecer al ciudadano la garantía de que las decisiones administrativas van a estar controladas por el Poder Judicial, despejando así posibles resquicios de la arbitrariedad

mismo o el *prius lógico* para asegurar que nadie pueda ser castigado doblemente por un mismo ilícito en casos en que éste pueda ser constitutivo de infracción administrativa y delito. A ello hay que unir que la mentada regla goza de sustantividad propia -reconocida por la jurisprudencia constitucional-, por lo que puede operar de manera autónoma y previa al principio. Por ello entiendo que el conflicto que el T.C. aprecia entre la *regla de preferencia del orden judicial penal* y el *ne bis in idem* es aparente, pues deriva de un entendimiento desenfocado de aquella regla al no asumirse que la misma debería haber operado en este caso como *presupuesto* de la aplicación del *ne bis in idem*.

49 Y ello porque el T.C., reinterpretando la configuración procedimental del *ne bis in idem*, sostiene que "...se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por 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 sancionador- atribuidos a autoridades de diverso orden" (F.J. 4º, con cursiva añadida).

50 En concreto cuando afirma que: "... a impedir tales resultados se encamina la atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de los hechos que aparezcan, *prima facie*, como delitos o faltas, atribución prioritaria que descansa en la exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito, y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el texto constitucional" (F.J. 4º).

51 En este sentido, GARCIA ALVERO, R., en "*Non bis in idem*" ...Op.cit., pág.86.

administrativa. Como especificación de esta máxima, la preferencia del orden judicial penal posibilita la efectividad del derecho del ciudadano a un enjuiciamiento con las garantías propias del proceso penal (art.24 C.E.). Y lógicamente el ciudadano debe gozar de este derecho con anterioridad a su enjuiciamiento por la autoridad administrativa, pues son más atenuadas las garantías que puede ofrecer al ciudadano un expediente administrativo sancionador.⁵² A este respecto conviene recordar que el mismo T.C. ha reconocido que son menos estrictas las garantías que puede ofrecerse al ciudadano en un expediente gubernativo o sancionador. Así, en STC 22/1990, de 15 de febrero, se declaró:

52 No se quiere con ello negar la posibilidad de aplicar las garantías penales al Derecho administrativo sancionador, al contrario, considero necesario afirmar la vigencia del *principio de unidad del derecho sancionador*, siendo consciente de que su primordial consecuencia es la admisión de que los principios garantistas propios del Derecho Penal deben aplicarse en aquella otra rama del ordenamiento jurídico. Sin embargo, desde la primera resolución en que el T.C. proclamó la vigencia de dicho principio, se cuidó de destacar que la extrapolación de las garantías penales en el ámbito material y procesal del Derecho administrativo sancionador, debe realizarse "con matices". En efecto, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, F.J. 2º, el alto Tribunal entiende que: "...ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al derecho administrativo sancionador, dado que *ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) ...". El T.C. ha consolidado esta doctrina en posteriores resoluciones, reiterando la advertencia de aplicar matizadamente los principios penales, destacando entre otras, la STC 246/1991, de 19 de diciembre, F.J.2º, donde se afirma que "...también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo se trata. *Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza ...*". La jurisprudencia ordinaria se ha hecho eco de esta doctrina constitucional consolidándola definitivamente, a este respecto, *vide* SSTs de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, 13 de mayo de 1988, Sala 4ª, (F.J.2º), de 8 de febrero de 1994 (F.J. 4º). La advertencia de una aplicación flexible o matizada de los principios penales al Derecho administrativo sancionador, supone en puridad que *de facto* los principios penales resultan relativizados al aplicarse en aquel otro ámbito, por lo que en la práctica las garantías que ofrece un expediente administrativo son cuanto menos, más atenuadas que las propias del procedimiento penal.

“...no puede pretenderse que el Instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser Juez y parte al mismo tiempo (...) *el derecho al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo* porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, *la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo.*” (FJ.4º con cursiva añadida).

La comentada STC 177/1999 viene a alterar este orden lógico y a todas luces más garantista, dando por válida la decisión adoptada en el expediente administrativo –puesto que ni siquiera entra a conocer del incumplimiento que se comete al emitirla– y anulando las dos sentencias penales. Entre las garantías que el proceso penal ofrece al ciudadano se encuentra el derecho a no ser doblemente castigado una vez constatada la triple identidad –*ne bis in idem*–, de ahí que en última instancia la regla de preferencia del orden judicial penal, opere como cláusula de salvaguardia de la efectividad de esta garantía del ciudadano.⁵³ En definitiva el trasfondo que subyace a esta doctrina parece ser la intención de hacer prevalecer el derecho fundamental de los sujetos a no verse doblemente sancionados, en los casos en que los órganos del Estado no acataran la regla de preferencia de la jurisdicción ordinaria.

Y ello porque según nuestro T.C.”...tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento

53 El incumplimiento de la regla de preferencia del orden judicial penal, así planteado, adquiere un carácter más trascendental que el de una mera cuestión de legalidad, pues obliga en definitiva, a una revisión del significado de esta regla y de su relación con el principio *ne bis in idem* en el actual Estado de Derecho, oportunidad que brindaba el comentado recurso y que, en esta ocasión, el T.C. dejó pasar.

jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (art.25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo.”(F.J. 5º)

Ciertamente puede parecer que el T.C. opta por una solución de justicia material en este supuesto, pero a costa de establecer una *excepción a la preferencia de la jurisdicción penal sin precedentes en nuestro Estado de Derecho* y que, entiendo, podía haber evitado, mediante la correcta justificación de la regla de la preferencia *en la subordinación de la Administración a la autoridad judicial* tal y como venía haciendo en anteriores resoluciones.

En concreto, frente a la doctrina emanada de la STC 177/1999, considero más acertado seguir afirmando la preferencia del orden jurisdiccional penal tal y como se venía entendiendo desde la STC 77/1983 (F.J.3º)⁵⁴ y deducible implícitamente de la conjunción de los arts.25 CE y 117.3 CE.⁵⁵ De manera que la

-
- 54 Esto es, adoptando el entendimiento de esta regla sostenido por la doctrina penal mayoritaria. Así, como pone de manifiesto, CARBONELL MATEU, si bien es cierto que la potestad sancionadora administrativa tiene reconocimiento constitucional, “...no lo es menos que la jurisdicción penal puede, en todo momento, intervenir sin que la apertura de un expediente administrativo lo impida y que, (...), el art.117.3 de la Constitución es categórico al atribuir la función jurisdiccional exclusivamente a los Jueces y tribunales.” en *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996, págs.88 y 89. Como el citado autor, entiendo que la jurisdicción penal tiene *vis atractiva*, es decir, que puede recabar el conocimiento de un asunto, debiendo la Administración inhibirse si en la investigación de los hechos se demuestra que los mismos son, o pueden llegar a ser, constitutivos de delito.
- 55 Con GARCÍA ALVERO considero que “tal subordinación (de la potestad sancionadora administrativa a la penal) obedece al compromiso entre dos principios difícilmente conjugables y que conviven ambos en nuestra Constitución: la exclusividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del Poder Judicial (art.117.3 C.E.), derivada directamente del principio de separación de poderes como fundamentando democrático-representativo del de legalidad, y la potestad sancionadora “ad extra” de la Administración”, en “*Non bis in idem*”...Op. y loc. ult.cit.

preferencia del proceso penal debiera ser entendida como una *primacía sustancial*⁵⁶ derivada de la Constitución,⁵⁷ porque como ya se afirmó con mejor criterio en la STS n° 8100/1994 de 26 de abril (Sala de lo contencioso, RA 4973) "...una mera consideración cronológica sobre las relaciones entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, con la consecuente libertad del primero en tanto no se haya incoado el segundo, haría depender la eficacia del principio "non bis in idem" de un elemento casi anecdótico y no de la relación sustancial de valores en contraste que imponen la primacía del enjuiciamiento penal, esté o no en curso el correspondiente proceso, mientras se tramita el procedimiento administrativo sancionador." (F.J.5°)⁵⁸

Como conclusión a las reflexiones críticas que me sugiere la STC 177/1999, de 11 de octubre, considero necesario destacar que los supuestos como el allí enjuiciado, esto es, en los que la Administración impone una sanción respecto de un hecho que posteriormente es castigado como delito, *no pueden ser resueltos haciendo caso omiso del incumplimiento de la regla de preferencia*

56 En apoyo de esta postura, cabe apelar a la jurisprudencia emanada del T.S. (Sección 3ª) en supuestos similares, esto es, cuando conoce de una vulneración del *ne bis in idem* a consecuencia de una inobservancia imputable a la Administración porque debió suspender el procedimiento administrativo sancionador sobre la base de que los mismos hechos podían ser o eran objeto de un proceso penal. En concreto, en la STS de 23 de julio de 1998, (F.J.3º), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (RA 6422) se aplica correctamente la doctrina de la STC 77/1983 (F.J.3º) para "...evitar una actuación que, a tenor de la citada doctrina constitucional, traspasaría los límites del artículo 25 de la Constitución al no respetar la primacía sustancial del procedimiento penal en orden a la apreciación de los hechos..." declarando la nulidad de pleno derecho del acto administrativo sancionador sobre la base del art. 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP-PAC).

57 Como así se afirma en el Voto Particular, Razonamiento 3º *in fine* de la STC 177/1999, de 11 de octubre.

58 En sentido prácticamente idéntico, DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación ...Op.cit.* pág.546 y 547. También a favor de esta línea jurisprudencia, NAVARRO CARDOSO, F., en *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001, págs.38 a 39.

del orden judicial penal y por ende del mecanismo procesal de la suspensión del expediente administrativo, pues precisamente de ello se deriva –como muy bien apuntara el Ministerio Fiscal–, una incorrecta aplicación del ne bis in idem.

En mi opinión –al margen incluso de los perversos efectos que en términos preventivos la doctrina emanada de esta sentencia pueda acarrear–, el aspecto más criticable de dicha resolución, es que *relaja o relativiza la exigencia de que el orden penal tenga preferencia sobre el administrativo sancionador* para enjuiciar unos mismos hechos que pudieran ser constitutivos de delito.⁵⁹ Y ello porque dicha regla se flexibiliza al convertirse en una mera preferencia *normativa* como sorprendentemente se deduce del F.J.3º de la STC 177/1999 cuando se afirma que:

“la interdicción del *bis in idem* no depende del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionales legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado...”.

En sentido similar, en un sector de la doctrina administrativa también se le ha querido dotar a dicha preferencia de carácter meramente *cronológico*, de modo que “...el verdadero criterio es el cronológico, o sea, que la primera resolución cierra el paso a la segunda, cualquiera que sea su procedencia, hasta tal punto que una simple resolución administrativa impide por sí las actuaciones penales posteriores”⁶⁰ Nótese la proximidad de estas

59 De opinión próxima MARINA JALVO, B., para quien en esta sentencia se “reinterpreta” la regla de prioridad del pronunciamiento del órgano penal competente, en “Non bis in idem”...Op.cit.pág.609.

60 Esta opinión sostenida por NIETO GARCÍA, A., se apoya en que el criterio cronológico según el cual, la primera sentencia condenatoria vetaría el paso a la segunda, sería más lógico que el inspirado en criterios materiales, en *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª Ed...Op.cit.págs. 423 y 424. Lo cierto es que lleva razón el citado autor en destacar que el *ne bis in idem* únicamente impide la sanción por los mismos hechos, pero intrínsecamente nada dice de prioridades, en Op. y loc. ult. cit. Ahora bien, esta constatación no impide que, para paliar la neutralidad en este sentido innata al *ne bis in idem*, quepa apelar –frente al criterio cronológico- a otros criterios, en efecto, *materiales* por cuanto justificados en consideraciones teleológicas acerca de los fines

dos posturas, sobre todo por cuanto van dirigidas a producir el mismo efecto, es decir, *relativizar la preferencia del orden jurisdiccional penal*.

Esta solución no se había admitido nunca en Derecho penal y procesal español hasta la sentencia objeto del presente análisis, cuya doctrina resulta difícil de asumir porque como se dice en el Voto Particular “rompe con la estructura básica del Estado de Derecho configurado por la Constitución,” (punto 3º) Y ello por cuanto, *de aceptar el criterio cronológico o el normativo, se estaría negando el plus garantista que se otorga a la norma y al proceso penal frente a la norma y al procedimiento sancionador administrativo, lo que en última instancia revelaría un desconocimiento de las exigencias propias del principio de separación de poderes que otorga la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los jueces en exclusiva.*⁶¹ *Porque actualmente en los casos en que confluye la potestad punitiva penal con la potestad sancionadora de la Administración, dicha exclusividad se traduce en una preferencia procesal, constatada la inviabilidad de un sistema judicial puro.* Ciertamente es que también los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden revisar las decisiones adoptadas en los expedientes administrativos, asegurando con ello la imparcialidad de lo resuelto y sin necesidad de que siempre deban intervenir los jueces penales.⁶² Pero no lo es menos, que no siempre se acude a la jurisdicción contenciosa

garantistas del Derecho penal y en criterios cuantitativos que, para diferenciar entre las infracciones penales y administrativas, se extraen de la admisión –como aquí se sostiene– del principio de *unidad del ordenamiento sancionador*.

61 También constata que al actuar la prejudicialidad penal, se aseguran mayores garantías a favor del sujeto, BELLOCH PETIT, G., en “El principio non bis in idem...” Op.cit.pág.328.

62 En este sentido, también asiste la razón a NIETO GARCÍA, A., cuando sostiene que el bloqueo que provoca la sentencia penal en el aparato administrativo sancionador carece de razón de ser “...cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo, que en la actualidad forma parte, como se sabe, de la Jurisdicción ordinaria o Poder Judicial...” en Op. y loc. ult.cit.

en vía de recurso de manera que el propio sancionado, advirtiendo las ventajas de dejar transcurrir los plazos para recurrir, podría de propósito omitir la vía del recurso para que así devenga firme la infracción impidiendo con ello que entraran a conocer los jueces de lo contencioso y –a tenor del supuesto de la STC 177/1999–, también los jueces de lo penal. A nadie se le escapa que con la solución que ofrece esta sentencia, el T.C. deja expedita la peligrosa vía de acudir a un método con el que burlar la jurisdicción administrativa y penal en aquellos casos en que determinado delito se corresponda parcial o totalmente en su substrato fáctico con alguna infracción administrativa. Y ello porque, el TC parece decantarse por entender que incluso la mera resolución que ponga fin a un expediente sancionador si deviene firme, cierre el paso a la intervención de los tribunales. Y en caso en que éstos intervengan, pesa sobre ellos el riesgo de que se anulen sus resoluciones, como ha demostrado concediendo el amparo en la STC 177/1999, 11 octubre.

Frente a la solución, considero más oportuno atender a la doctrina emanada de la STC 77/1983, de 3 de octubre y seguir fundamentando la regla de preferencia del orden judicial penal en *el principio de la subordinación de la Administración a la jurisdicción penal* de modo que sea posible conferir a dicha regla, una sustantividad constitucional autónoma.⁶³ Porque en última

63. Nótese que tanta sustantividad como pueda tener la cosa juzgada, dado que ambas máximas se enumeran de forma equivalente y como límites a la potestad sancionadora de la Administración en el F.J.3º de la STC 77/1983. Por su parte, PÉREZ MANZANO, M. -siguiendo la opinión sostenida por NIETO GARCÍA-, afirma que "...una vez que los actos de la Administración se controlan en la Jurisdicción contenciosa no se puede fundar la subordinación de la sanción administrativa y del procedimiento sancionador a la Jurisdicción penal, tan sólo en la genérica primacía de la Jurisdicción sobre la Administración." Dicha autora hace derivar la supremacía del orden penal sobre el administrativo sancionador de una concepción material del principio *ne bis in idem* que toma como punto de partida la mayor gravedad de las infracciones y sanciones penales, en *La prohibición constitucional...* Op. cit. págs. 60 y 61. Entiendo que lleva razón la citada autora en tomar como punto de partida un *criterio cuantitativo* para diferenciar entre infracciones penales y administrativas, si bien a mi modo de ver, dicho criterio no deriva tanto del

instancia se justifica en la necesidad de compatibilizar el principio de separación de poderes –entendido como fundamento democrático-representativo del principio de Legalidad–, con el carácter delegado de la potestad sancionadora de la Administración. De suerte que, aunque en la actualidad resulta constatablemente inviable el monopolio judicial del *ius puniendi*, al menos tan trascendentales principios se hallan garantizados mediante la vigencia en nuestro Estado de Derecho de una preferencia a favor de la jurisdicción penal.

No obstante lo anterior, es lo cierto que en casos como el enjuiciado en la STC 177/1999 se requeriría acudir a un mecanismo que *a posteriori* salvara o al menos compensara la vulneración que efectivamente se produjo del *ne bis in idem* material y procesal. En el ordenamiento jurídico español se articula únicamente el mecanismo de la *comunicación* al Ministerio Fiscal y posterior *suspensión* del expediente administrativo sancionador cuando al órgano administrativo competente le conste que se está sustanciando un proceso penal sobre los mismos hechos, fundamento y sujetos (art.7.1 y 2 REPEPOS).⁶⁴ A ello hay que unir, la

principio *ne bis in idem*, cuanto del de *unidad del ordenamiento sancionador*, según el cual, sólo existe una potestad sancionadora con dos manifestaciones: la penal y la administrativa. Y puesto que en determinados casos podrán tutelarse intereses de idéntica naturaleza por ambas ramas del ordenamiento sancionador, la diferencia entre los ilícitos, infracciones y sanciones que se configuren para tutelarlos, sólo puede ser cuantitativa. Precisamente el “plus” que cualifica las infracciones y sanciones penales es lo que justifica la existencia de una regla que permita intervenir con prioridad a la jurisdicción penal. Pero a mi modo de ver, estas consideraciones son independientes del *ne bis in idem*, porque esta máxima sólo implica proscribir la doble sanción, pero es un *principio valorativamente neutro*. Es decir, como reconoce el propio NIETO GARCÍA, A., “...la regla de non bis in idem impide la doble sanción por los mismos hechos, pero intrínsecamente nada dice sobre prioridades.” en *Derecho Administrativo Sancionador*..Op.cit.pág. 423. La vigencia de este principio requiere de una regla adicional que lo salvaguarde y no es otra que la preferencia procesal penal, que no deriva del *ne bis in idem*, ni éste de aquella, porque son máximas con fundamentos independientes.

64 El art. 7 REPEPOS -en consonancia con la proclamación del *ne bis in idem* del art.133 LRJAP-PAC-, establece: “1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los

especificación que de este mecanismo se hace en cada ley sectorial, como por ejemplo en la Ley de Aguas (art. 112.) o en la Ley de Seguridad Vial (art.65.1).

Sin embargo estas normas no pueden dar solución al problema jurídico que se plantea en la STC 177/1999, esto es, la imposición de forma *sucesiva* de una sanción administrativa y posteriormente de otra penal, precisamente porque para llegar a la doble sanción se incumplió con el mecanismo de la suspensión por parte de la Administración. Todo ello pone de manifiesto que *se carece en nuestro Derecho procesal penal de un mecanismo legal para resolver los casos en que efectivamente se llega a una doble imposición y se precisa anular la resolución administrativa que indebidamente impone una sanción*. Y precisamente el haber llegado a una situación de doble imposición, demuestra que el *ne bis in idem* es un principio valorativamente neutro, es decir, sólo impide la doble sanción o el doble procedimiento sancionador – ya sea simultáneo o sucesivo–, ante la constatación de la aludida triple identidad. Pero una vez opera este impedimento, el *ne bis in idem* no determina intrínsecamente qué sanción debe imponerse –si la penal o la administrativa– ni por ende qué procedimiento deber sustanciarse.⁶⁵ A solventar esta cuestión, se dirige la regla

hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial. 3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.”

65 De opinión próxima NAVARRO CARDOSO, F., cuando sostiene que el *ne bis in idem* prohíbe la duplicidad de infracciones, “...pero no dice cómo satisfacer este mandato de prohibición”, en *Infracción administrativa... Op. cit.* pág.34.

de preferencia del orden jurisdiccional penal, si bien cuando también ésta es conculcada –como de forma insólita se suscitó en el caso de la STC 177/1999–, se plantea en nuestro ordenamiento un problema jurídico para el que no existe un mecanismo legal “*ad hoc*” y de ahí que el TC se viera obligado a innovar con su doctrina.

Ahora bien, considero excesiva la solución adoptada consistente en anular las sentencias penales, haciendo permanecer la sanción administrativa porque –así lo avalan las *dos* sentencias recaídas– los hechos eran lo suficientemente graves para ser *constitutivos de delitos*. Y junto al derecho al ciudadano a no ser doblemente sometido a sanción, coexiste en nuestro ordenamiento el mandato constitucional a los poderes públicos para que tutelen el medio ambiente (art.45 CE),⁶⁶ de manera que podría decirse que el *ne bis in idem* quedó salvaguardado en detrimento de este bien jurídico colectivo. La cuestión entonces es si podría haberse adoptado una solución conciliadora que permitiera respetar ambos derechos. En mi opinión puede contestarse afirmativamente, por cuanto ya con anterioridad a esta sentencia en casos similares el T.S. adoptó una solución más satisfactoria y pragmática, aunque sin duda menos consolidada. Sobre la base de dicha jurisprudencia, cabe realizar las siguientes propuestas de solución:

Al menos en aquellos casos similares al estudiado –y por ello, sin ánimo de exhaustividad–, sería deseable acudir al art.10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que impone la suspensión automática de las actuaciones que, referidas al mismo hecho, pudieran estar sustanciándose ante otra jurisdicción (v. gr. la administrativa) hasta que se resuelva la cuestión prejudicial penal. Si –como sucedió en el supuesto de hecho de la STC 177/1999–, la autoridad administrativa no respeta este trámite y continúa su procedimiento sin plantear dicha

66 A pesar de que no se trata de un derecho fundamental, al menos sí es un derecho programático para cuya defensa expresamente el art.45 CE en su apartado 3º prevé “...la adopción de sanciones penales o en su caso administrativas” por parte del legislador ordinario.

cuestión prejudicial ni suspender las actuaciones, dicho proceder puede considerarse como una invasión de las funciones exclusivamente jurisdiccionales. Por último, si el procedimiento administrativo concluye con una resolución sancionadora y posteriormente la autoridad judicial impone una pena por los mismos hechos, considero que procederá declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa conforme al art.62.1 a) de la LRJAP-PAC,⁶⁷ que declara como tales, los actos que las Administraciones públicas que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional porque, es evidente, que en estos casos se conculca el derecho a la legalidad penal en su vertiente de “*ne bis in idem*.”

También se apela a este precepto y se adopta una solución similar a propuesta, en la STS de 23 de julio de 1998 (F.J.3º).⁶⁸ La anulación de sanciones administrativas impuestas por unos hechos sobre los que existe pendiente proceso penal ha sido admitida, sobre la base de apreciar una infracción del principio “*ne bis in idem*” en su vertiente procesal por una doctrina jurisprudencial que tiene su origen en la STS de 14 de noviembre de 1997 (Rec. Ley 62/1978 nº 754/1998, Sala 3º). En dicha resolución se acordó anular una resolución del Consejo de Ministros, en cuanto al acuerdo de sanción de separación del cargo con inhabilitación, por considerar que sobre aquellos hechos objeto de sanción existía pendiente un proceso penal, de manera que se declaró vulnerado el principio “*non bis in idem*” procesal y por tanto el art.25 CE. El T.S. falló finalmente retrotraer las actuaciones administrativas, exclusivamente en cuanto a dicha sanción, al momento anterior a su imposición. Esta doctrina ha sido literalmente reiterada en las SSTS de 17 de noviembre de 1998 (Rec. nº 2/1996), 8 de febrero de 1999

67 Por su parte DE LEÓN VILLALBA ofrece una solución similar, si bien en su opinión la nulidad de pleno derecho derivaría del apartado 2º del citado art. 62, que se refiere a la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas contrarias a la Constitución y a las leyes. Por otra parte, coincido con el citado autor en sostener que la nulidad del acto sancionador administrativo podría ser declarada por los Tribunales de lo penal cuando la misma fuera alegada conforme al art.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM) esto es, como una cuestión prejudicial no devolutiva de carácter administrativo en el proceso penal. Así *vid. Acumulación de sanciones...* Op.cit.pág.550.

68 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7º.

(Rec. n° 9/1996), 20 de mayo de 1999 (Rec. n° 1/1996) todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El problema de esta solución es que el juez de lo penal *no dispone de instrumento legal para declarar directamente dicha nulidad* si bien para ello podría plantear una cuestión prejudicial no devolutiva de carácter administrativo, en el proceso penal. Se admita o no esta posibilidad, en todo caso resulta preocupante la ausencia de mecanismos procesales más precisos para encauzar estos conflictos en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa y de la punitiva penal, lo que aconseja *articular por vía de reforma algún instrumento que coadyuve al juez penal a declarar la nulidad de los actos administrativos*.⁶⁹ Así sucede en otros países de nuestro entorno jurídico en los que se han configurado normas “*ad hoc*” para proporcionar al juzgador instrumentos con los que solucionar aquellos conflictos en que una simple resolución administrativa –no judicial–, cierre el paso al pronunciamiento de los tribunales penales. De ahí que se haga preciso analizar posteriormente si cabe la posibilidad de introducir mecanismos similares en nuestro país.

Pero con carácter previo a dicho análisis, conviene ponderar cómo ha incidido la doctrina constitucional de la STC 177/1999. Porque lo cierto es que a pesar de la polémica que suscitó la comentada resolución, durante un tiempo el T.C. mantuvo la línea jurisprudencial allí auspiciada, si bien el T.S. la siguió con relativa continuidad. Para comprobar dicho desarrollo, conviene reparar brevemente en la *STC 152/2001 de 2 de julio*.

III.2.- El desarrollo de la doctrina constitucional a través de la STC 152/2001 de 2 de julio y en la jurisprudencia ordinaria.

Como quedó apuntado, el ámbito en que suelen plantearse los conflictos entre la intervención penal y la administrativa puede

69 Al respecto coincido con CORCOY BIDASOLO, M./ GALLEGOS SOLER, J.-I., en “Infracción administrativa...” Op.cit.pág. 177.

delimitarse por referencia a zonas limítrofes, es decir, aquellos ámbitos de la actividad social y económica en los que se manifiestan la colisión de intereses antagónicos, de donde sale reforzado un bien jurídico que, por serlo, en un primer momento se tutela a través de normas administrativas y con posterioridad también puede ser protegido por las penales. Por lo general, son bienes jurídicos a los que el ordenamiento penal dispensa tutela de forma novedosa y en multitud de ocasiones, se trata de bienes jurídicos *colectivos*. De hecho, no sólo en el ámbito de la delincuencia ambiental, sino en otros sectores donde se tutelan bienes jurídicos colectivos, como por ejemplo la *ordenación del territorio y la seguridad en el tráfico*, se han planteado los aludidos conflictos entre la jurisdicción penal y el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

Buen ejemplo de ello nos lo proporciona la citada *STC 152/2001 de 2 de julio* en la que el demandante de amparo alega vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art.25.1 CE) en cuanto comprensivo el principio *ne bis in idem*, por entender que había sido condenado por los mismos hechos reputados delito contra la seguridad en el tráfico del art.340 bis a) 1 del Anterior Código Penal (en adelante, ACP)⁷⁰ y a su vez, sancionados como infracción administrativas. Así pues, el objeto de este recurso fue la impugnación de la sentencia que condenó al recurrente a la imposición de diversas penas.⁷¹

70 Código Penal de 1973, publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

71 En concreto, se trata de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 1997, en la que se condenó al recurrente por el delito del art.340 bis a) 1 ACP, a las penas de 100.000 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de diez días en caso de impago, y privación del permiso de conducir por un período de ocho meses. De otro lado, el recurrente fue sancionado anteriormente en vía administrativa por los mismos hechos, mediante Resolución de la Jefatura Provincial de Tráfico de Santa Cruz de Tenerife de fecha 15 de abril de 1996, por la que se le impusieron las sanciones de multa de 50.000 pesetas y la suspensión de la autorización administrativa para conducir durante tres meses, como autor de una falta grave tipificada en el art.20 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto

Como se relata en los *antecedentes de hecho* de esta sentencia del TC, en la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (27-6-1997) por la que se condenó al recurrente se admitió que se produjo una doble sanción de igual naturaleza por los mismos hechos, si bien "...al estimar la prevalencia erga omnes de la jurisdicción penal, mantiene la condena penal, a pesar de la constancia de la sanción administrativa anterior, atemperando la pena a imponer." En consecuencia, se constató la vulneración del principio *non bis in idem* si bien en el momento de resolver se tuvo en cuenta dicha sanción para imponer la pena, de modo que se rebajó la pena impuesta en la primera instancia, con lo que –según el TC–, "...en definitiva, se hacen cumplir al demandante de amparo dos sanciones de igual naturaleza por los mismos hechos" (apartado c de los Antecedentes de Hecho). Por todo lo anterior, el recurrente *fundó su demanda de amparo* en que la vulneración del derecho a la legalidad penal en su vertiente de *ne bis in idem*, aduciendo que la autoridad administrativa "...no podía sancionarle por los hechos por los que fue sancionado, al poder ser constitutivos de delitos." Sin embargo, al haberle sancionado efectivamente por los mismos, no podía "...achacársele a él el deficiente funcionamiento de la Administración, ni hacérselo pagar con una doble sanción por los mismos hechos." (F.J. 1º).

El problema jurídico que se plantea en esta sentencia se asemeja claramente al analizado en la STC 177/1999, de 11 de octubre, al menos en *cinco aspectos*: en primer lugar, la Administración no paralizó el procedimiento sancionador a pesar de que existían indicios de que los hechos podían ser constitutivos de delito, vulnerando así la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal al imponerle una sanción administrativa. El segundo aspecto, es que la sanción administrativa devino firme al no ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa. A ello hay que unir –en tercer lugar–, que a pesar de que el sancionado administrativamente alegó la posible lesión del *ne bis in idem*, el órgano judicial penal le condenó con una pena. Sin

13/1992, de 17 de enero. Dicha falta grave tipifica la conducción de un vehículo a motor por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, con una tasa de alcohol en la sangre superior a 0,8 miligramos por 1.000 centímetros cúbicos.

embargo—como cuarto aspecto—, también el tribunal penal dedujo de la pena a imponer el importe de la multa ya abonado por la sanción administrativa impuesta. Y por último, tras admitir la demanda de amparo, el T.C. se apoyó en la sentencia 177/1999, de 11 de octubre para no revisar la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, dando así por sentada la identidad entre las infracciones administrativa y penal y por ende la vulneración de la *vertiente material* del principio *ne bis in idem*.⁷² Por ello, al igual que manifesté con respecto a la STC 177/1999, también considero que en la 152/2001, de 2 de julio se produjo una reducción excesiva del objeto del recurso de amparo.

Centrándonos en las peculiaridades de esta resolución, al respecto cabe apuntar de un lado, que el recurrente sólo impugnaba la *vertiente procesal* del *ne bis in idem*.⁷³ Y de otro, son distintas las *circunstancias de la duplicidad de los procedimientos sancionadores* seguidos, porque a diferencia del supuesto de hecho enjuiciado en la STC 177/1999, de 11 de octubre, en el que los procedimientos se llevan a cabo de *forma sucesiva* —es decir, el expediente administrativo sancionador se tramitó con anterioridad al proceso penal por unos mismos hechos, sujetos y fundamento—, en la STC 152/2001, de 2 de julio, ambos procedimientos se sustanciaron *simultáneamente*.⁷⁴ Con la consiguiente sospecha

72 Al respecto *vide* el F.J. 2º de la STC 152/2001, de 2 de julio.

73 Así lo entiende el T.C. cuando aclara que “...el demandante no impugna en este recurso de amparo lo que antes (FJ 3) hemos calificado como la medida de la intensidad cuantitativa de la acción sancionadora del Estado (lo que tendría que ver más bien con lo que se denomina *vertiente material o sustancial* del principio 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).” (F.J. 6º, con cursiva añadida).

74 Porque, como se establece en el F.J. 2º de la STC 152/2001, “...consta en las actuaciones la denuncia de la infracción administrativa imputada, fechada el 26 de noviembre de 1995, con la firma del denunciado, el recurrente. En la propia fecha resulta instruido el atestado policial por el posible delito por el que luego resultó penado, en cuyo atestado se procedió a su detención primero y luego a su inmediata puesta en libertad, con citación para ante el Juzgado de Instrucción para el siguiente día 28, incoándose en éste diligencias previas

que de ello se deduce, acerca de la posible actitud irregular del demandante de amparo, en tanto podía haber evitado la duplicidad sancionadora.⁷⁵ A mi juicio con buen criterio, el T.C. atendió principalmente al dato del silencio del actor en el proceso penal durante el tiempo en que aún pudo remediarse la vulneración del derecho a no verse dos veces sancionado.

Lo cierto es que tanto si los hechos ilícitos objeto del procedimiento penal pudieron ser enjuiciados *sucesivamente* al administrativo, como si lo fueron *simultáneamente* en ambos procedimientos, la autoridad administrativa tenía la obligación de haber suspendido el expediente sancionador. No obstante lo anterior, puede decirse que la posibilidad de evitar la vulneración del *ne bis in idem* por parte del inculcado, *se evidencia con mayor claridad cuando el procedimiento penal y el administrativo se sustancian simultáneamente*. De ahí que considero un acierto por parte del T.C. apreciar una suerte de "...táctica defensiva, consistente en tolerar la vulneración actual del principio non bis in idem para utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal; pero una explicación tal lo que evidencia es una manipulación de la funcionalidad del principio

por Auto del propio día 28, en las que se le recibió declaración a aquél en calidad de imputado y con la correspondiente información sobre sus derechos como tal. En la medida en que con arreglo a la legislación vigente (...) la pendencia del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismo hechos, se debe resaltar que el hecho que da lugar a ese óbice, existente en el presente caso, era conocido por el recurrente, el cual no obstante, eludió hacerlo valer ante la Administración sancionadora, pudiendo haberlo hecho, dando lugar con su inacción a que se dictase la correspondiente resolución sancionadora de 15 de abril de 1996..."

- 75 En efecto, el TC destaca que "...deberá ser objeto de consideración especial el dato de que en la producción de dicha duplicidad ha influido de modo decisivo la actitud del recurrente, que perfectamente pudo haberlo impedido, y no lo intentó, simplemente con la alegación en el procedimiento administrativo de la simultánea pendencia del proceso penal, lo que hubiera determinado la suspensión del primero, conforme a lo dispuesto en el art.7.2 del Real Decreto 429/1993, y a la postre su sobreseimiento, una vez pronunciada la sentencia penal, según lo dispuesto en el art.5.1 del propio Real Decreto." (F.J. 2º)

non bis in idem en vez de una atendible reclamación de su respeto.” (F.J.6°) La constatación de dicha táctica, derivada de la inobservancia por parte del acusado, del requisito de la puntualidad en la alegación (art. 44.1 c) LOTC) es la principal razón, por la que –a mi entender acertadamente–, el T.C. inadmitió finalmente el recurso de amparo.⁷⁶

En definitiva, a pesar de que en la STC 152/2001, de 2 de julio, se sigue inicialmente la doctrina emanada de la STC 177/1999, de 11 de octubre, en aquella sentencia, se introducen nuevas ideas relativas a la *vertiente procesal del ne bis in idem* así como a la *regla de preferencia del orden jurisdiccional penal*.⁷⁷ Y ello por cuanto para apreciar la vulneración del *ne bis in idem procesal*, se atiende con prioridad a si el demandante de amparo cumplió o no con el trámite de denunciar en el momento procesal oportuno la violación del tal derecho, para así permitir que el juez de lo penal entrara a conocer con preferencia.

En concreto, el T.C. entiende que el recurrente debía haber alegado la duplicidad “...desde el inicio de ambos procedimientos y de modo indiscutible (...) desde que en el administrativo se formuló el pliego de cargos.” (F.J.6°)

En consecuencia entiendo que en esta resolución se introduce un nuevo criterio para salvaguardar el derecho a no

76 Conviene precisar el argumento esgrimido por el TC para ello. En concreto, el TC valoró la comentada “táctica defensiva” en el sentido de entender que con ello el actor no cumplía la exigencia del art.44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional según el cual debe haberse invocado “...formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiese lugar para ello.” En consecuencia, el T.C. entendió que “si la finalidad del requisito del art.44.1 c) LOTC, y dentro de él del contenido esencial de la puntualidad en la alegación, es hacer posible que los órganos de la jurisdicción ordinaria puedan remediar por sí mismos las posibles vulneraciones constitucionales, es indudable que una alegación conscientemente tardía, que por su retraso hace imposible el remedio de la vulneración producida, no puede considerarse cumplidora del requisito, cuando hace imposible su finalidad.” (FF.JJ 5° y 6°).

77 Así también PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional...* Op. cit. pág. 40.

verse doblemente sancionado, cual es, *alegar la violación del derecho fundamental tan pronto se conozca y sin demoras inaceptables que pudieran preconstituir indebidamente situaciones de bis in idem*. Con ello se rechaza, a mi juicio, el criterio de atender estrictamente a una mera prioridad cronológica o normativa tal y como se deducía de la STC 177/1999, de 11 de octubre.

En concreto porque en el F.D.3º de la STC 152/2001 de 2 de julio, el T.C. se percató de que “el planteamiento del recurrente supone, de prosperar, que el efecto de la aplicación del principio non bis in idem en el sentido reclamado sería el de limitar el gravamen punitivo de la conducta punitiva del recurrente a un nivel muy inferior al que hubiera sido posible, de haberse ejercitado la potestad punitiva penal como única, cual era obligado según el régimen legal vigente en el caso de confluencia entre la potestad administrativa sancionadora y la potestad punitiva penal. En otros términos, *que la sanción administrativa más exigua, incorrectamente impuesta y tolerada con su pasiva actuación serviría de escudo frente a la correcta imposición de la sanción penal más grave.*” (cursiva añadida).

Así las cosas, resulta oportuno analizar brevemente la recepción que ha tenido la doctrina constitucional expuesta en la *jurisprudencia ordinaria*. En líneas generales puede decirse que la doctrina de la STC 177/1999, de 11 de octubre ha tenido una escasa aplicación en sede jurisdiccional. Como era de esperar, la repercusión de la citada sentencia se ha dejado sentir especialmente en el ámbito del *Derecho penal del medio ambiente*, de modo que por ejemplo, a la doctrina constitucional de dicha resolución aluden, entre otras, las SSTs de 19 de enero de 2002 (RA 1315) y de 3 de diciembre de 2002 (RA 294).

Especialmente críticos son los argumentos esgrimidos en la primera de ellas, al enjuiciar un supuesto de hecho en el que el recurrente alegaba que “...los vertidos de aguas residuales por los que se ha condenado a los acusados dieron lugar a varios expedientes administrativos, dos de los cuales concluyeron con sanciones económicas y cita en apoyo de sus tesis la STC 177/1999, de 11 de octubre.” A este argumento, replica el TS que “...con independencia de que la doctrina sentada en esta respetable *resolución no puede considerarse, por ahora, definitivamente constitucional* toda vez que disiente de la línea tradicionalmente mantenida por el Alto Intérprete de la CE y,

como se dice en los votos particulares discrepantes incorporados a la Sentencia, “invierte las relaciones entre Poder Judicial y Administraciones sancionadoras que se desprenden del diseño constitucional y muy especialmente del art. 25 CE”, es lo cierto que el delito contra el medio ambiente objeto de la condena es un delito continuado que, de acuerdo con la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, se comenzó a cometer en el año 1.990 y cesó en el primer semestre de 1.995, estando el mismo fraccionado en multitud de acciones contaminantes, por lo que el hecho de que la Administración sancionase en dos ocasiones a la empresa en que los acusados desempeñaban sus funciones, con motivo de las tomas de muestras realizadas el 26-11-91 y el 5-2-92, en modo alguno significa un obstáculo, impuesto por el principio “non bis in idem”, a la sanción penal del delito continuado en su conjunto. Todo ello nos lleva a la desestimación del cuarto motivo de casación.” (F.D. 6º con cursiva añadida)

Frente a tan clara oposición a la STC 177/1999, de 11 de octubre, en la STS de 3 de diciembre de 2002, se apela a esta doctrina constitucional para justificar, de forma poco convincente, la adecuación de la sentencia recurrida a la sentencia del TC.⁷⁸

También parece haber tenido repercusión la doctrina de la STC 177/1999 en otros ámbitos anejos al medio ambiente, en concreto en relación con los *delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto* del art.319 C.P. Sin embargo, puede

78 En concreto cuando en el F.D. 3º se afirma que “la sentencia recurrida no ha vulnerado dicha doctrina teniendo en cuenta que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo hasta el mes de diciembre de 1998, como afirma la Audiencia en el fundamento de derecho segundo, es decir, con posterioridad a los hechos afectados por los expedientes administrativos los acusados siguieron realizando la actividad delictiva investigada y que ha sido objeto de la condena judicial, por lo que los hechos castigados penalmente no son coincidentes con los sujetos a sanción administrativa. Se trata de un delito permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo y alcanza hasta la cesación efectiva de la actividad ilícita (diciembre de 1998). Además, el argumento del recurrente se contradice, si tenemos en cuenta que admitida la incoación de 25 expedientes administrativos por los mismos hechos, según su línea de defensa, también en este caso se habría producido la infracción del principio alegado por cuanto aquéllos inciden sobre la misma actividad, sin que conste que tal hecho haya sido puesto de relieve con anterioridad por el mismo.”

advertirse la escasa aceptación que ha tenido la polémica doctrina emanada de aquella sentencia constitucional respecto a esta delincuencia, a la luz de la primera resolución del TS relativa a estos delitos, la STS de 26 de junio de 2001 (RA 4521).

En esta resolución, el TS no admite automáticamente los elementos de la *triple identidad* entre una infracción urbanística impuesta al mismo sujeto que es castigado como autor del delito del art.319.1 C.P. en relación con el art.338 C.P. Sino que entra a conocer pormenorizadamente los hechos constitutivos de la sanción administrativa y los que motivaron imponer la sanción penal, llegando a la conclusión de que no se conculca el principio *ne bis in idem*, pero no por los motivos deducibles de la STC 177/1999, de 11 de octubre –que también analiza–, sino porque el TS *no aprecia la identidad de hechos* de modo que entiende que *la conducta enjuiciada ha alcanzado la entidad suficiente para justificar la aplicación de la norma penal*. Y por ello la considera “...compatible con la sanción administrativa concreta y referida a aspectos parciales de dicha conducta que no tienen porque participar necesariamente del mismo fundamento sancionador que aquellos delitos.” (F.D. 5°).

Con mayor claridad en algunas sentencias de las Audiencias Provinciales (en adelante SSAP), se aprecia la falta de sintonía con la doctrina emanada de la STC 177/1999, de 11 de octubre. Por ejemplo, en la *SAP de Valencia de 17 de enero de 2001* (RA 341) se apela a la doctrina jurisprudencial derivada de la STC 77/1983, de 3 de octubre, para concluir sosteniendo que “...la anterior doctrina nos debe llevar a rechazar la aplicación del principio “non bis in idem” en el presente supuesto, pues la jurisdicción penal es preferente y la actuación sancionadora de la Administración está subordinada a la de los Tribunales de Justicia.”(F.D.1°). No obstante en otra sentencia de la misma audiencia, en la *SAP de Valencia de 13 de julio de 2001* (RA 2773), se reproduce casi literalmente la STC de 177/1999, de 11 de octubre para resolver el recurso contra la sentencia absolutoria por un delito contra la ordenación del territorio del art.319.2 C.P.⁷⁹

79 El tribunal da por probada la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción y sanción impuestas en el procedimiento administrativo y el delito y sanción pretendida en el proceso penal. Sobre esta base, la Audiencia declara “...la imposibilidad de sancionar penalmente la conducta ya sancionada y en vías de ejecución en el procedimiento administrativo precedente sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, todo ello sin perjuicio de la facultad de

A la vista de la diversidad de planteamientos que ha provocado la doctrina emanada de la STC 177/1999, de 11 de octubre, puede concluirse afirmando que en general ha tenido una escasa aplicación en la jurisprudencia ordinaria y ha sido acogida con escepticismo entre la doctrina, tanto administrativa como penal.⁸⁰ De ahí que *su importancia deba relativizarse y por ende, pueda cuestionarse la mera preferencia normativa o cronológica que en ella se establece del orden jurisdiccional penal*. Máxime si se contrasta con el último pronunciamiento del TC en materia de *ne bis in idem*, la STC 2/2003, de 16 de enero de 2003, que sin lugar a dudas supone una *vuelta a la anterior concepción de la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal auspiciada por la STC 77/1983, de 3 de octubre (F.J. 3º)*, si bien con los matices que a continuación se analizarán.

III.3.- La nueva orientación del *ne bis in idem* a partir de la STC 2/2003, de 16 de enero de 2003.

La última de las resoluciones que con detenimiento se refieren al principio *ne bis in idem*, adquiere eminente importancia por cuanto contiene una profunda reflexión acerca de muchos de

la Administración para proceder a la demolición de la obra realizada en el suelo no legalizable ni autorizable...” (F.D.4º). Pero a mi modo de ver, en esta resolución no se justifica lo suficiente la identidad de hechos y fundamento, sino que ante la razonable duda de la existencia de identidad de hechos que plantea el Ministerio Fiscal, la Audiencia concluye afirmando que “...debe resolverse a favor de la interpretación más favorable al reo, que no es otra que la absoluta identidad entre sujeto, objeto y fundamentos de la sanción dictada en el proceso administrativo y la pretendida en el proceso penal.” (F.D.4º).

80 Puesto que las opiniones críticas de la doctrina penal han sido mencionadas anteriormente, baste ahora hacer referencia a las opiniones críticas que la STC 177/1999, también ha provocado entre la doctrina administrativa en la que se ha llegado a calificar dicha resolución de “chocante” a la vez que se cuestionan las razones por las que el TC no tuvo en cuenta la posibilidad de anular la sanción administrativa impuesta previamente. En este sentido, MARINA JALVO, B., en “Non bis in idem...” Op.cit.pág.611.

los aspectos analizados en este trabajo. De hecho, el recurso de amparo se avoca al Pleno del T.C. con el fin de ejercer las facultades de *revisión* de la doctrina constitucional anterior (*vid.* art.13 LOTC). De modo que el TC *reconoce su deseo de apartarse en concreto de las SSTC 177/1999, de 11 de octubre y 152/2001, de 2 de julio* (*vid.*F.J.2º apartado e).

A mi modesto entender con ello el TC ha tratado de arrojar luz en la compleja materia del *ne bis in idem* a la vista de la escasa aceptación y críticas a la doctrina jurisprudencial emanada de las resoluciones de las que se aparta. A ello no empece, lo sostenido en el Voto Particular formulado a la STC 2/2003, de 16 de enero pues, en mi opinión, esta sentencia contribuye notablemente a aclarar algunos aspectos relativos al *fundamento* del *ne bis in idem*, a sus *vertientes material y procedimental* y a la *regla de preferencia del orden jurisdiccional penal*. Por esta razón sólo se destacarán seguidamente las principales innovaciones que la STC 2/2003, de 16 de enero, introduce en relación con los citados aspectos.

Presupuesto necesario para ello es el *concreto caso enjuiciado*, que guarda un eminente paralelismo con el de la STC 152/2001 de 2 de julio, por cuanto de nuevo se examina la posible vulneración del *ne bis in idem* por recaer una sanción administrativa y penal por hechos consistentes en la conducción de vehículo a motor con una tasa de alcohol en la sangre superior a la permitida.

En efecto, por estos hechos acaecidos el 14 de abril de 1997 el –posteriormente–, recurrente en amparo –persona física– fue sancionado en Resolución de 25 de febrero de 1998 –por la infracción del art.20.1 del Reglamento General de Circulación– a una multa de cincuenta mil pesetas y suspensión de la autorización administrativa para conducir durante dos meses.⁸¹

81 Dicha resolución se notificó personalmente al recurrente el 13 de marzo de 1998. Frente a esta resolución, el sancionado interpuso un *recurso ordinario* que tuvo entrada en la Jefatura de Tráfico el 7 de abril de 1998 y en él alegó, entre otras cuestiones que por los mismos hechos se estaban siguiendo diligencias previas -transformadas en proceso abreviado- de modo que al

Cierto es que frente a la desestimación parcial del recurso contra esta resolución, el sancionado de nuevo interpuso recurso contencioso-administrativo, pero posteriormente desistió del mismo (*vid.* Auto de 10 de diciembre de 1998), de modo que la sanción administrativa devino firme. Por aquellos mismos hechos, el mismo sujeto fue procesado sobre la base de un similar fundamento, pues se le acusó de delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas del art.379 C.P. El procedimiento penal se sustanció sin que el acusado notificara al órgano judicial penal la existencia de expediente administrativo o su resolución hasta el *juicio oral*, donde planteó la excepción de cosa juzgada como *cuestión previa*. Finalmente, el sujeto fue condenado por *sentencia de 29 de junio de 1999*⁸² por un delito contra la seguridad del tráfico del art.379 C.P. concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia del apartado 8º del art.22 C.P. Y aunque el condenado recurrió esta sentencia, la Audiencia desestimó la apelación y confirmó la sentencia recurrida mediante *sentencia de 20 de enero de 2000*.⁸³ Para ello argumentó, entre otras razones, que el principio *non bis in idem* no impide que un mismo hecho pueda recibir diferente tratamiento en los diferentes ámbitos de modo que en el caso enjuiciado debía atenderse a la preferencia de la jurisdicción penal que se deduce del art.10 LOPJ en relación con el art.65.1 del Real Decreto Leg.339/90 de 2 de marzo.⁸⁴

verificarse la triple identidad, se solicitó la suspensión del procedimiento sancionador hasta que recayera resolución judicial en dichas diligencias. La Dirección General de Tráfico dictó resolución el 14 de mayo de 1998 estimando parcialmente el recurso en la parte referida a la duración de la suspensión del permiso de conducir, pues la redujo a un mes, si bien desestimó el recurso en todo lo demás.

- 82 Sentencia del Juzgado de lo penal de El Ferrol (A Coruña).
- 83 Emanada de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña.
- 84 En este precepto de la *Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial*, se ordena a la Administración que respete la preferencia del orden jurisdiccional penal, al establecer que: "1. Las acciones u omisiones contrarias a esta Ley o a los reglamentos que la desarrollan tendrán el carácter de infracciones administrativas y serán sancionadas en los casos, forma y medida que en ella se determinen, a no ser que puedan constituir delitos o faltas tipificadas en las Leyes penales, en cuyo caso la Administración pasará el tanto de culpa al Ministerio Fiscal y proseguirá el procedimiento absteniéndose de dictar resolución mientras la Autoridad Judicial no pronuncie sentencia firme o dicte otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad y sin estar fundada en la inexistencia del hecho." En atención a esta norma, en la SAP de A Coruña de 20 de enero de 2000 se entendió que

Así las cosas, el sujeto condenado interpuso *demanda de amparo* dirigida contra la Sentencia del Juzgado de lo penal y contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que en apelación confirmó la anterior, alegando vulneración del principio *non bis in idem* comprendido en el art.25.1 CE, por entender que fue sancionado por los mismos hechos en vía administrativa antes de que se le condenara penalmente.

Un *rasgo común* del supuesto de hecho enjuiciado en esta resolución, con todos los casos analizados anteriormente y que fundamentaron los respectivos recursos de amparo es que *se plantea la colisión entre la vía administrativa y la jurisdicción penal* y no entre ésta y la jurisdicción contenciosa-administrativa, lo cual obviamente no hubiera hecho surgir problemas de preferencia procesal, por cuanto ambas jurisdicciones integran el Poder Judicial. No se trata en estos casos de discutir la primacía del orden penal sobre el contencioso-administrativo, sino de *aqué* sobre la *potestad sancionadora administrativa cuando el ejercicio de ésta no ha sido revisado a posteriori, por quedar firme la sanción administrativa impuesta*. Precisamente por ésta y otras similitudes que el caso analizado en la STC 2/2003, guardaba con el enjuiciado en la STC 152/2001, el Ministerio Fiscal ante el TC pidió la desestimación del recurso de amparo tal y como se produjo en la anterior resolución (F.J. 1º).

A pesar de la anterior semejanza, no puede obviarse que son varios los *datos que singularizan* a la STC de 2/2003, de 16 de enero, respecto a la STC 152/2001, de 2 de julio:

El primero de ellos es que el *procedimiento penal se inició previamente a la tramitación del expediente administrativo*.⁸⁵

existió error en el procedimiento administrativo que no debió impedir la sanción penal, sino que tuvo que dar lugar a la subsanación (F.J.1º).

85 Nótese que las *diligencias previas incoadas por el Juzgado de Instrucción de Ortigueira son del día 21 de abril de 1997* -por presunto delito contra la seguridad del tráfico- en relación a los hechos acaecidos el 14 de abril de 1997. Mientras que por esos mismos hechos, la Guardia Civil presentó una *denuncia* que se registró el 6 de agosto de 1997, a la que se adjuntó el Auto de incoación de las diligencias previas. Cuestión distinta es que el expediente sancionador, cuya iniciación se formalizó el 29 de agosto de 1997, se

En segundo lugar –como advierte el Ministerio Fiscal–, en el caso de la STC 2/2003, el demandante de amparo *sí puso en conocimiento de la Administración la existencia del procedimiento penal al recurrir la sanción*.⁸⁶ Sin embargo, tampoco dio a conocer al juez de lo penal la existencia de un expediente administrativo hasta que, la sanción administrativa devino firme e incluso pudiera pensarse que impulsó la finalización del expediente administrativo al desistir del recurso contencioso-administrativo.

En tercer lugar, en la revisión de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de A Coruña también ordenó que en la ejecución de la sentencia se dedujera del tanto de multa penal, la cantidad abonada en concepto de multa administrativa así como que se descontara de la duración de la *privación del carnet de conducir* el tiempo ya cumplido por imponerlo la sanción administrativa. Empero, en el caso ahora comentado además se adoptó una importante medida, cual fue *librar testimonio de la resolución de la Audiencia a la Administración* “...con el objeto de que se deje sin efecto cualquier anotación o consecuencia posterior que puede tener su expediente.” (F.J. 1º, SAP de A Coruña de 20 de enero de 2000).

A la vista de estos presupuestos fácticos, *el TC admitió a trámite el recurso de amparo si bien finalmente desestimó la demanda de amparo* mediante unos argumentos que se hace necesario conocer por cuanto implican un *cambio en la doctrina constitucional* relativa al principio *ne bis in idem*, como expresamente se reconoce en el F.J. 11º.

resolviera por resolución de 25 de febrero de 1998, obviamente antes de que recayera sentencia condenatoria por el Juzgado de lo penal que, recordemos, fue de 29 de junio de 1999.

- 86 *Vid.* Antecedente de Hecho nº 2.c) y nº 7 de la STC 2/2003, en el que se explica que el demandante de amparo aportó a tal efecto, el escrito de calificación del Ministerio Fiscal. Recordemos que en la STC 152/2001, el demandante silenció ante la Administración la dualidad de procedimientos que se estaban tramitando simultáneamente y sólo cuando la sanción administrativa devino firme, lo comunicó a la jurisdicción penal.

En primer lugar, el TC *delimitó el objeto del recurso de amparo sobre presupuestos distintos*. Para ello precisó que la demanda de amparo se dirigía contra las dos resoluciones judiciales que condenaron al recurrente en sede penal, si bien ello no obstaba a que pudiera tomarse en consideración *lo sucedido en el expediente administrativo sancionador*, en la medida en que así lo requiriera la resolución del recurso de amparo.⁸⁷ Con mayor concreción, el TC estableció que en tanto el recurrente fundó su alegación en el *efecto de cosa juzgada* que la sanción administrativa debía haber producido en el proceso penal, la pretensión de amparo tenía como “eje central”, “...el aspecto formal de la dualidad de procedimientos, a lo que se ha de añadir que también en el procedimiento penal constituyó éste el núcleo de la pretensión” (F.J. 2º c).

Es decir, el TC orientó la resolución del recurso hacia la *vertiente procedimental* del *ne bis in idem*, si bien no por ello desatendió la *vertiente material*. Al contrario, y a pesar de que el recurrente no citara el art.25.1 CE, en tanto el derecho fundamental a no verse doblemente sancionado también hubiera podido lesionarse, según el TC, habría que entenderlo incluido en la pretensión del demandante. Pero lo que, a mi juicio, reviste mayor importancia es la toma de posición que el TC adoptó respecto a dos cuestiones:

- a) La primera de ellas es la admisión de la técnica *empleada en el pronunciamiento judicial, consistente en una compensación*, dado que materialmente tenía por efecto *anular las resoluciones administrativas*. Según el TC, dicho efecto se verificó con el pronuncia-

87 Así en el F.J. 2 a) de la STC 2/2003 se afirma que, a pesar de que la eventual vulneración de derechos fundamentales ocasionada por la Administración queda en principio fuera del control directo del proceso de amparo por cuanto la delimitación de éste atiende a la pretensión del recurrente, “ello, no obstante, no significa que lo sucedido en el expediente administrativo no pueda tomarse en consideración en la medida en que tenga alguna significación para la resolución del presente recurso de amparo (STC 152/2001, de 2 de julio FJ 4º).”

miento de la Audiencia Provincial por el cual no sólo se compensó la multa impuesta y el tiempo de privación del carnet de conducir, sino también se libró testimonio de la sentencia penal a la Administración para que ésta dejara sin efecto cualquier anotación o consecuencia de la tramitación del expediente administrativo. Con esta subsanación, la Audiencia trató de dar cumplimiento al *ne bis in idem*, habida cuenta de la preferencia de la jurisdicción penal (F.J. 2º d).

- b) En segundo lugar, haciendo uso de la *facultad de revisión* el TC sometió el recurso al Pleno (F.J. 2 e),⁸⁸ y éste expresamente modificó la doctrina constitucional referida al *ne bis in idem* por cuanto se apartó de la doctrina emanada tanto de la STC 177/1999 de 11 de octubre como de la STC 152/2001, de 2 de julio. En concreto, la modificación atañe a los siguientes aspectos: de un lado, se precisó que el *momento de la invocación de la vulneración del derecho fundamental* a no verse doblemente vulnerado debe darse, para el procedimiento abreviado, *en el comienzo del juicio oral*, hasta que se inicie el trámite de las cuestiones previas.⁸⁹ De otro, el TC admitió tener competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia *de la triple identidad* porque –como con acierto se explicita–, dicha identidad “...delimita el contenido del derecho fundamental...” a no verse doblemente sancionado. Asimismo, para afirmar la *vulneración del derecho fundamental en su vertiente material*, se requiere no sólo la declaración

88 Para ello apela expresamente al art.13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) según la cual: “Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno.”

89 Trámite que como recuerda el TC en el F.J.2º e) -en el momento de dictarse la comentada resolución-, estaba previsto en el art.793.2 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (en adelante, LECRIM).

de que la sanción fue impuesta sino la efectiva reiteración sancionadora. Por último, frente al criterio del órgano que conoce en primer lugar los hechos, el TC *se ratifica en la competencia exclusiva de la jurisdicción penal* para sancionar en supuestos de concurso aparente de normas administrativa y penal (F.J. 2 e)

A mi modo de ver, con esta declaración el TC adopta algunos planteamientos doctrinales propuestos en relación con el *ne bis in idem* y con buen criterio rechaza aquellos aspectos criticables derivados de la doctrina constitucional que expresamente revisa.⁹⁰

A partir de esta delimitación del objeto del recurso, el TC inició un *examen del fundamento y contenido del principio ne bis in idem* del cual, a continuación, sólo se van a destacar los aspectos más novedosos, por cuanto en lo demás el TC se remite a la configuración del principio realizada a través de la jurisprudencia descrita en anteriores apartados. Así pues, con respecto al *fundamento* de este principio, en la STC 2/2003, de 16 de enero, se parte de diferenciar entre la vertiente material y la procedimental, de modo que *se admite que cada una de ellas, tiene una diferente justificación*:

a) Con respecto a la *vertiente material* del principio, esto es, al derecho fundamental del ciudadano a no verse castigado doblemente, el TC ratifica la justificación de esta vertiente en el *principio de proporcionalidad*. Para ello el TC afirma con rotundidad la vinculación de la garantía material del *ne bis in idem* a los principios de *tipicidad* y *legalidad* de las infracciones (art.25.1 CE) si bien, reiterando lo sostenido en otras sentencias, entiende que la finalidad de dicha garantía es “..evitar una reacción

90 Sobre las citadas exigencias y aspectos criticables, tuve ocasión de pronunciarme en “El principio “ne bis in idem” y la regla de preferencia del orden jurisdiccional pena a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3 nº 1 y 2, 2000, págs.263 a 275.

punitiva desproporcionada...” porque —y esta justificación resulta novedosa—:

“...dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.” (F.J.3º a)

Con esta declaración parece que el TC fundamente el *ne bis in idem material*, conectando el principio de *proporcionalidad* con el de *legalidad* y *tipicidad* en su vertiente de seguridad jurídica, por cuanto una sobre-reacción o reacción desproporcionada del ordenamiento sancionador, materializa una sanción no prevista legalmente y por ello atenta contra la necesaria seguridad jurídica.

b) De otro lado, respecto al *fundamento de la vertiente procesal del ne bis in idem*, esto es, a la *garantía consistente en la interdicción del doble proceso*, en la STC 2/2003, se vuelve a ubicar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art.24 CE (F.J.3º b).

Más allá de otras consideraciones de indudable importancia y relativas a la *imposibilidad de reabrir de nuevo un procedimiento penal* si anteriormente sobre el mismo objeto, hubo un proceso que concluyó con una resolución de fondo con *efecto de cosa juzgada*,⁹¹ interesa reparar en *la conexión que el TC admite*

91 Con respecto a esta cuestión, el TC se remite a la doctrina emanada de la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6) en la que se establece que la LECRIM (arts. 954 y ss.) *sólo admite el recurso de revisión* “...en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales.” Para justificar dicha decisión el TC aduce consideraciones constitucionales arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales, siendo interesante destacar que en concreto se apela a la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (“*double jeopardy*”) prevista en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (FJ 3 b). Pero de mayor interés resulta a mi modo de ver, que en la STC 2/2003, de 16 de enero, sólo se atribuya autonomía expresa al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal, si bien no adquiere relevancia constitucional en relación con este derecho, “...la mera coexistencia de procedimientos

entre la vertiente procesal del ne bis in idem y la regla de preferencia de la autoridad judicial penal.

En efecto, resulta de gran interés a los efectos de este trabajo, constatar que el TC entiende que dicha regla es una concreción del principio *ne bis in idem procesal*, volviendo para ello a apelar al fundamento que de dicha regla realizara en la STC 77/1983, de 3 de octubre, de modo que, como se ha comentado –y así resulta lógico entender–, dicha regla se justifica en la *necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial* (F.J.3° c).

Una vez delimitado en estos términos el *ne bis in idem* y la regla de preferencia y tras comprobar que dicha concepción es respetuosa con las diversas a normas internacionales en la materia,⁹² el TC vuelve la vista de nuevo al supuesto de hecho del recurso sometido a su consideración. Para ello comienza analizando *si concurría la causa de inadmisión del recurso de amparo del art.44.1 c) LOTC* (en relación con el art. 50.1 a) como sucedió en la STC 152/2001. A tal efecto el TC repara en que, a diferencia de ésta última, en la STC 2/2003, de 16 de enero, el procedimiento penal fue *previo* al administrativo sancionador de modo que, teniendo constancia la Administración de ello, ésta *pudo y debió suspender el procedimiento administrativo sancionador* en cualquier momento del procedimiento como exigen los arts.7.1. REPEPOS y 65.1 Ley de Seguridad Vial.

Incluso yendo más allá, el TC considera –a mi juicio acertadamente–, que esta errónea actuación de la Administración sancionadora, fue la “...causa directa de que no se impidiera la dualidad de procedimientos en la forma prevista en la legislación, esto es, suspendiendo la tramitación del expediente administrativo.” En concreto el *error de la Administración* –sigue diciendo

sancionadores –administrativo y penal- que no ocasiona una doble sanción...” (FJ3 b).

92 *Vid.* F.J.3° d) de la STC 2/2003, de 16 de enero, en el que se citan los Convenios internacionales que prevén la interdicción del *bis in idem* (v.gr. el art.14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

el TC– consistió en entender que en las actuaciones constaba una inexistente resolución penal absolutoria y de ello se deriva que la resolución administrativa deviniera firme. El recurrente de amparo comunicó en el procedimiento administrativo la existencia de un procedimiento penal en marcha. De modo que –según el TC–, tampoco puede reprocharse al demandante que esperara al trámite de *cuestiones previas* del art.793 LECRIM, porque precisamente éste era el momento previsto por ley para comunicarlo. De ahí que en definitiva, el TC entendiera que *no concurrió la causa de inadmisión del art.44.1 c) LOTC* (FJ 4).

A continuación –en el F.J.5º–, el TC entra a conocer sobre el fondo del asunto apartándose acertadamente de la anterior doctrina constitucional, según la cual no podía ser cuestionada en sede de amparo, la declaración de los órganos judiciales penales sobre la existencia de la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento, sino que se afirmaba que era el “obligado punto de partida”. Con buen criterio, a mi modo de ver, el TC rebate esta postura sostenida en los casos de las SSTC 177/1999 y 152/2001. Al respecto entiende que:

“...esta afirmación no puede compartirse, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art.25.1 CE...”⁹³

Con ello se evidencia que *el TC rectifica su anterior doctrina y admite la posibilidad de revisar la declaración de identidad* realizada por los órganos judiciales o bien, “...el análisis directo de su concurrencia, en caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales a pesar de haberse invocado la vulneración del derecho fundamental...” (F.J.5º). Pero dicha

93 Sigue diciendo el TC “...éstos (derechos) no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.” (F.J.5º).

revisión o análisis debe realizarse –según el TC– respetando los límites de la jurisdicción constitucional de amparo y en concreto:

“...se han de comparar ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado...” (FJ 5°).

Admitida la posibilidad de revisión, el TC entró de lleno a analizar si concurría la mencionada *triple identidad* para lo cual partió de la consabida interpretación jurisprudencial según la cual el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas del art.379 CP *no tiene carácter formal*, frente a la correspondiente infracción administrativa a la que sí se reconoce dicho carácter de manera que se aplica de forma automática.⁹⁴ A pesar de dicha diferencia esencial entre la infracción administrativa y el delito, el TC entiende que ambas comparten un *elemento nuclear común*, cual es, conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol y superando las tasas reglamentariamente determinadas. Por ello concluyó afirmando la identidad exigida para que opere la prohibición de *bis in idem* (F.J.5° *in fine*).

De lo anterior no extrajo el TC, la estimación automática del recurso de amparo puesto que –como con acierto se detalla en el FJ 6°–, lo procedente es examinar si la solución dada en el caso se compadece bien con la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*. Para dicho examen, el TC atendió a la *compensación* realizada por los órganos jurisdiccionales penales, de modo que al haberse descontado de la multa penal y de la medida de privación del derecho a la conducción respectivamente, la cuantía de la multa administrativa y el tiempo de duración de la privación del carné de conducir –en la fase de ejecución de la sentencia penal– consideró el TC que, *desde la perspectiva material, el recurrente no sufrió exceso punitivo alguno*.

94 Es decir, para imponer una pena no basta acreditar mediante la prueba de alcoholemia que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada de forma reglamentaria, sino que es necesario acreditar que en el caso concreto dicha ingestión tuvo alguna influencia en la capacidad psico-física del conductor, y por ende, en la seguridad en el tráfico (F.J. 5°).

Es decir, "no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente sólo se le ha impuesto una sanción." (F.J. 6°)

Con esta declaración además el TC reconoce que desde la perspectiva del recurso de amparo, *no le corresponde analizar la legalidad o ilegalidad de la actuación de la Administración* ni enjuiciar la actuación de los órganos judiciales penales al absorber las sanciones administrativas impuestas. Sin embargo, al menos sí advierte el TC *la dificultad que se planteó al órgano jurisdiccional penal al enjuiciar el caso concreto*, pues tuvo que afrontar la paradoja de que no podía dejar de condenar al recurrente en atención a su vinculación estricta a la ley, ni podía ignorar que la sanción penal supondría una reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita (art.25.1 CE). A partir de esta constatación, el TC puso de manifiesto en sus justos términos lo que, en mi opinión, es el ***principal problema jurídico derivado de esta sentencia***, esto es, "...que la legislación no prevea expresamente solución para los casos en los que la Administración no suspenda el expediente administrativo estando un procedimiento penal abierto..." En consecuencia –conectando con lo anteriormente sostenido en este trabajo–, el TC realiza una llamada de atención al legislador ordinario para "...establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva de la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento." (F.J.6°).

A mi modesto entender, con esta declaración el TC podría estar haciéndose eco de las críticas doctrinales que reclaman un mecanismo legal en nuestro ordenamiento con el que conferir al juez penal, la capacidad de anular las sanciones administrativas firmes que han sido impuestas sin respetar el orden de preferencia de la jurisdicción penal y que por ende, pueden acarrear una vulneración del *ne bis in idem*.⁹⁵ Porque lo cierto es que

95 En este sentido, por ejemplo, exigen la introducción de semejantes instrumentos legales de apoyo al juez de lo penal, CORCOY BIDASOLO,

formalmente la solución de la compensación o absorción adoptada en el supuesto de hecho enjuiciado en la STC 2/2003, de 16 de enero, *sí supone una doble imposición*.

Y ello a pesar de que como destaca reiteradamente el TC, dicha solución no puede considerarse *materialmente* lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, habida cuenta de "...la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir."

De ello deduce el TC que "...no ha habido una duplicación -bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art.25.1 CE." (F.J. 6º)

En efecto, *materialmente* no se ha producido dicho exceso punitivo, pero *formalmente* sí se han impuesto dos sanciones, una penal y otra administrativa. De ahí que al menos sea preciso sopesar la solución que ofrece el TC, considerando que además de eliminar materialmente cualquier exceso punitivo sería preciso borrar cualquier resquicio *formal* de *bis in idem*. Para ello, considero plausible el empleo de mecanismos legales que coadyuvaran al juez de lo penal a anular aquellas sanciones administrativas incorrectamente impuestas. A falta de mecanismo legal expreso —como constata el propio TC— y como solución transitoria, en principio merece una valoración positiva la rectificación de la doctrina derivada del TC en la STC 177/1999 (FJ 4), en cuanto que ahora *ya no basta la mera declaración de imposición de una (doble) sanción para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer una doble sanción por los mismos hechos y fundamento*. En los casos en que recaiga tal declaración, habrá que comprobar además *si se produjo el efectivo descuento de la multa y se evitaron todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora*, pues si

M./ GALLEGU SOLER, J.- I., en "Infracción administrativa e infracción penal", Op. cit.pág.177. MUÑOZ LORENTE, J., en *La nueva configuración del principio non bis in idem...*Op.cit.págs.93. Vide también las críticas que realicé a lo que podría ser una laguna legal, en *Protección penal...*Op.cit.págs. 350 y 351.

se produjera tal compensación, no se incurriría en *bis in idem* (FJ 6º, con cursiva añadida, STC 2/2003, de 16 de enero). No obstante esta inicial valoración positiva, debido a que la solución desarrollada por el TC no erradica formalmente la doble imposición,⁹⁶ me reitero en la idea de que lo deseable sería que existiera una norma “*ad hoc*” que facultara al juez penal, para anular las sanciones administrativas.

Al margen de esta trascendental cuestión, de la STC 2/2003, de 16 de enero, merece destacar la aclaración que realiza el TC sobre el efecto de “*cosa juzgada*” por cuanto el demandante alegaba que no se había reconocido dicho efecto a las resoluciones dictadas en el procedimiento administrativo (F.J. 7º). Para rebatir dicho argumento, el TC parte de explicar que el efecto de *res iudicata* sólo se predica de las *resoluciones judiciales*, de modo que las resoluciones administrativas sancionadoras, únicamente despliegan dicho efecto una vez han sido revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, en el caso enjuiciado por esta sentencia, se produjo la circunstancia de que el sancionado desistió del recurso impuesto por lo que, según el TC, *la resolución administrativa con la que fue sancionado, carecía de efecto de cosa juzgada.*

Realizada esta aclaración, a partir del FJ 8º, el T.C. aborda el análisis de una cuestión que me gustaría destacar para finalizar con el estudio de esta sentencia. Pues bien, se examina el argumento del demandante según el cual la *reanudación de un ulterior procedimiento sancionador penal –o administrativo–*

96. En sentido más crítico, según GARBERÍ LLOBREGAT, ya en la STC 177/1999 se utilizó “..la “chapucera opción” de compensar la sanción administrativa dentro de la pena impuesta, rebajando esta última por el montante de aquélla, a fin de soslayar así lo que, a todas luces, constituía una flagrante vulneración del principio “non bis in idem””, en “Principio non bis in idem (art.133 LRJPAC)”, Op.cit. apartado IV.1.B. También se mostró crítico a solucionar mediante la compensación de sanciones, los supuestos de doble imposición, NAVARRO CARDOSO, F., en *Infracción administrativa y delito...*Op.cit.pág.43. Además plantea lógicas objeciones, BELLOCH PETIT, G., en “El principio non bis in idem...” Op.cit.págs.375 y 376.

vulnera la prohibición de incurrir en *bis in idem*.⁹⁷ Al respecto, el TC introduce un matiz hasta ahora prácticamente desconocido, por cuanto *limita la posibilidad de prohibir la reapertura de un procedimiento sancionador cuando previamente se ha dictado una resolución sancionadora firme*, a determinados procedimientos. En concreto a aquellos que puedan equipararse a un proceso penal, “...tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud–,...” (FJ 8º)⁹⁸

Dicha equiparación se apoya tanto en razones de proporcionalidad como en las diferencias existentes entre el procedimiento penal y el administrativo, ya que a pesar de que las garantías de aquél se extienden a éste, el propio TC ha reconocido que la operación de traslado de esas garantías debe matizarse, por cuanto las mismas se devalúan en el proceso administrativo. Así pues, el TC orienta el entendimiento del *ne bis in idem procesal* hacia exigencias garantistas, por cuanto *en definitiva lo que pretende es establecer que no cabe apelar a la interdicción del doble procedimiento, cuando uno de ellos ofrece inferiores garantías al ciudadano –en referencia al expediente administrativo– ni tampoco, cuando uno de ellos no se ha sustanciado con las debidas garantías.*

Así pues en el caso en que, en el curso de un proceso administrativo sancionador, no se respete el trámite de la suspensión del expediente y se vulnere la preferencia penal, no podría

97 Dicha cuestión se suscita a raíz de la queja del demandante por la reapertura de un procedimiento sancionador penal, una vez que ya había sido sancionado por los mismos hechos (F.J. 8º). Para examinar dicha queja el TC parte de afirmar la existencia de *límites constitucionales* como el valor libertad (art.1.1 CE) y la seguridad jurídica (art.9.3 CE) que integran el derecho a un proceso con todas las garantías en el ámbito administrativo-sancionador (art.24.2 CE), de modo que con la reapertura de un nuevo proceso sancionador, éstos derechos se pueden ver afectados, así como el derecho a no verse sometido a un doble proceso. Sin embargo, en el F.J.8º el T.C. establece una suerte de excepción o reserva a la prohibición de reanudar un nuevo proceso sancionador, habiéndose comprobado que concurre la triple identidad.

98 Es decir, siempre que con esta equiparación se pueda entender que “...el sometimiento a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal.” (F.J. 8º)

afirmarse la substanciación de un procedimiento con todas las garantías. De modo que si con posterioridad se abre un proceso penal sobre los mismos hechos y con el mismo fundamento, –en aplicación de la doctrina del TC–, no se incurriría en un *bis in idem*.

De la aplicación de esta doctrina al caso de la STC 2/2003 se extrae que en *éste no regía la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador*.⁹⁹ Y de ello se deduce la ausencia de vulneración de este derecho, argumento que es esgrimido por el TC para desestimar la pretensión de amparo del recurrente (*vid. F.J. 8º in fine*).

Para afianzar esta postura el T.C. profundiza sobre el *significado y alcance de la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal*. En concreto, concibe dicha regla como una suerte de cláusula de salvaguardia del *ne bis in idem*,¹⁰⁰ al definirla como:

“...un *instrumento preventivo* tendente a *preservar* los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador –administrativo y penal– y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos.” (FJ 9º)

Además con mayor acierto que en anteriores resoluciones, el TC fundamenta la preferencia penal remontándose a la idea de la *separación de poderes*, por cuanto diferencia entre la competencia del poder legislativo para configurar normas penales y el poder judicial para aplicarlas. Sin embargo, conecta ambas potestades en la medida en que sostiene que si unos mismos presupuestos fácticos se prevén en una norma penal y en otra administrativa, *sólo la norma penal puede ser aplicable*. A partir de la prevalencia de la *norma penal* desde la perspectiva material,

99 En concreto, el T.C. entiende que “La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado (...) a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo proceso sancionador.” (F.J. 8º *in fine*).

100 En este sentido similar, *vide* la concepción de dicha cláusula que sostuvo en “El principio “ne bis in idem”...Op.cit.pág.275.

el TC *fundamenta* la regla de preferencia de la *jurisdicción* penal, por cuanto de ello se deriva que "...sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal." (F.J. 9°).¹⁰¹

Así pues, el TC extrae una suerte de *consecuencia* de la resolución de los *concurso*s *aparentes de normas penales y administrativas* a favor de la norma penal, por cuanto de ello se deriva que "...el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal" (F.J. 9°).

En definitiva, entre otros méritos, este pronunciamiento tiene el de reconocer expresamente y sin dejar lugar a dudas, la *relevancia constitucional de la infracción de regla de preferencia penal* (F.J. 9° *in fine*), ratificando para ello la doctrina emanada de la STC 77/1983, de 3 de octubre (F.J. 3°) y rechazando expresamente la doctrina derivada de la STC 177/1999, F.J. 5° que, como se expuso anteriormente, confería a la citada regla un mero valor *normativo*.

Afirmada la relevancia constitucional de esta regla, el TC se apoya en ella así como en la imposibilidad de trasladar al procedimiento administrativo sancionador, algunas garantías del penal como la imparcialidad del juez y el derecho a la publicidad, para concluir *negando que de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, se derive la potestad de anular la segunda sanción o el segundo procedimiento sancionador, como al parecer*

101 El razonamiento del TC es a todas luces coherente con la línea jurisprudencial derivada de la STC 77/1983, de 3 de octubre, porque fundamenta la preferencia de la jurisdicción penal en el art.25 CE puesto en relación con el art.177 CE. Y ello porque el art.25 CE contiene *dos límites* a la potestad sancionadora: el del apartado 3° consistente en "...un límite expreso que reside en la imposibilidad de que la Administración civil imponga "sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad." Y el del apartado 1° que constituye "...un límite implícito que afecta al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y consiste en que ésta sólo puede ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal..." (F.J. 9°).

*pretendía el recurrente (vid. F.J. 10º). Por todo ello, el TC concluye rechazando que las resoluciones penales impugnadas por el demandante, hayan ocasionado la vulneración del *ne bis in idem material* (art.25.1 CE) porque en conclusión:*

“...no ha habido reiteración sancionadora (bis), ni tampoco la lesión del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento punitivo por los mismos hechos (...) ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental” (FJ 11º).

A pesar de que, como he manifestado, coincido con la comentada sentencia en muchos aspectos,¹⁰² lo cierto es que la conclusión transcrita me sugiere algunas *consideraciones críticas* que para finalizar quisiera emitir, al hilo del análisis del *Voto Particular* efectuado a esta sentencia. En primer lugar, asiste la razón al magistrado D. P. GARCÍA MANZANO cuando destaca que el principio que subyace a la construcción jurídica de la STC 2/2003, de 16 de enero —y me atrevería a añadir, que origina el verdadero problema jurídico—, no es otro que la regla de prevalencia de la jurisdicción penal (apartado 6º). De otra parte, cuando dicho magistrado diferencia entre las *dimensiones*

102 También parece haber sido bien acogida entre la jurisprudencia ordinaria reciente. Así lo demuestran las resoluciones del TS, Sala de lo Penal, que ya han adoptado la lectura constitucional del *ne bis in idem*, entre otras, en la STS 24 de febrero de 2003, F.D. 3º, 7 (RA 950), relativa a supuesto de *contaminación acústica* conminada con un delito contra el medio ambiente del art.325 C.P. En ella se rechaza expresamente la doctrina emanada de la STC 177/1999, de 11 de octubre por considerar que supone una ruptura con la anterior doctrina constitucional más consolidada y que establecía la preferencia del orden jurisdiccional penal. Y se acoge la doctrina constitucional emanada de la STC 2/2003, de 16 de enero. También en sentido crítico las SSTS de 1 de abril, F.D. 6º, (RA 2871) y de 30 de abril (RA 4697), F.D. 2º, todas ellas de 2003, si bien, éstas últimas no se refieren al ámbito del medio ambiente.

103 Esta dimensión implicaría que “...si la Administración pública aplica su potestad sancionadora en un expediente en el que se pone de manifiesto la posible tipificación, como delito o falta penal, de la conducta reprochada, debe paralizar, en fase más o menos avanzada, el expediente, para remitir la jurisdicción penal los hechos a efectos de su eventual enjuiciamiento en sede penal” (Apartado 6º del *Voto Particular*).

instrumental y sustantiva de aquella regla, se refiere, de un lado, a la *prioridad temporal o cronológica* del orden jurisdiccional,¹⁰³ y de otro lado, al *aspecto o significado sustantivo* que integraría el contenido de la preferencia jurisdiccional penal.¹⁰⁴ A esta concepción no hay nada que objetar, si acaso, añadir que la *prioridad sustantiva* de la preferencia de la jurisdicción penal, deriva de su *reconocimiento constitucional*, de modo que no cabe excepcionarla, ni aún cuando cronológicamente con anterioridad haya recaído una resolución sancionadora de la Administración ante los mismos hechos y por el mismo fundamento o contenido de injusto.

En segundo lugar, frente al criterio de la mayoría emitido en esta sentencia, considero que al menos es cuestionable que en el caso enjuiciado en la STC 2/2003 *no haya habido reiteración sancionadora* por cuanto, como he expuesto, bien es cierto que la deducción de las multas administrativas, de las penas, excluye el exceso punitivo pero sólo desde la perspectiva material. Ello no obsta a afirmar que *formalmente* sí se han impuesto dos sanciones y por ende sí se ha ejercido dos veces la potestad punitiva estatal, si se admite —como aquí sostengo—, que la potestad sancionadora administrativa es delegada y subordinada a la penal. Así parece entenderlo también en el Voto Particular formulado por el Magistrado discrepante, cuando sostiene que el demandante de amparo “..recibió dos resultados punitivos: la multa administrativa y la privación temporal del carné de conducir, y la multa penal y la pena de privación de dicha autorización administrativa.” (apartado 7°).

Sin embargo, a diferencia de la opinión sostenida por el citado Magistrado, no considero que en la STC 2/2003, de 16 de

104 Según el citado magistrado, este aspecto sustantivo se concreta en que “...dictada sentencia penal absolutoria, la Administración que reanude el expediente sancionador quedará vinculada por los hechos probados declarados en aquella.” Con razón afirma que “...esta última es, en mi criterio, la verdadera manifestación de la prevalencia de la jurisdicción penal...” (Apartado 6° del Voto Particular).

enero, se debía haber estimado el recurso de amparo, declarando la nulidad de la Sentencia dictada por el juzgado de lo penal, en la línea de lo realizado en la STC 177/1999. Por mi parte, entiendo que procedía otorgar el amparo, pero para ello lo que debía haberse anulado era la sanción administrativa de manera que se hubieran tenido por inexistentes las actuaciones llevadas a cabo por la Administración sancionadora. Ahora bien, como quiera que el recurrente no dirigió su demanda de amparo a impugnar la sanción administrativa impuesta, es lógico que el TC no entrara a conocer de la posible vulneración del derecho fundamental a no verse doblemente sancionado, que pudo derivarse de la imposición de dicha sanción. Sin embargo, puesto que el propio TC admitió la posibilidad de tomar en consideración la resolución administrativa sancionadora, *podía al menos haber encauzado la solución del recurso, hacia el problema que se plantea al juez penal para anular semejantes resoluciones así como hacia la consiguiente necesidad de articular instrumentos legales en manos del juez penal*, porque como el citado magistrado reconoció:

“...es sumamente cuestionable que la jurisdicción penal tenga facultades para invalidar o dejar ineficaces resoluciones administrativas firmes, incluidos los antecedentes que se derivan de las mismas” (Apartado 7º del Voto Particular).

Por consiguiente, ni el juez de lo penal tiene un mecanismo legal con el que solucionar en el caso concreto supuestos de *bis in idem*, enfrentándose entonces a la paradoja expuesta, *ni considero que deba ser un ciudadano con demostrada actitud diligente, el que soporte el peso aflictivo del doble ejercicio de la potestad punitiva estatal*. Ni siquiera cuando materialmente se le compensa, porque lo cierto es que se le ha causado una *doble vejación* al somerle dos veces a procedimiento por los mismos hechos y con igual fundamento.

En definitiva pues, a mi modesto entender, debiera haberse concedido el amparo pero sobre razonamientos distintos a los esgrimidos en la STC 177/1999. Es decir, fundamentalmente sobre la base de advertir una *laguna legal* en nuestro ordenamiento que debería cubrirse en el sentido de articular *un precepto que*

permitiera al juez de lo penal anular sanciones administrativas que recaigan sobre los mismos hechos, sujetos y con el mismo fundamento que el delito sometido a su consideración. Para apoyar la necesidad de reformas legales en este sentido, me remitiré sucintamente a continuación a la experiencia que nos proporciona el derecho sancionador, de algunos países de nuestro entorno cultural y jurídico.

IV. TÉCNICAS LEGISLATIVAS CONFIGURADAS EN DERECHO COMPARADO PARA EVITAR SUPUESTOS DE *BIS IN IDEM*.

En el Derecho sancionador de países como Alemania e Italia, la configuración del principio *ne bis in idem* y las técnicas para evitar la doble sanción o el doble proceso al mismo sujeto por el mismo ilícito, distan de las empleadas en nuestro ordenamiento jurídico. Ello se debe, a la diversa configuración del sistema sancionador existente en aquellos países, tributaria de una evolución histórica de dichos sistemas por completo diferente a la nuestra. No obstante lo cual, alguna de las soluciones adoptadas en los mismos –interpretadas con las necesarias cautelas–, pueden aportar interesantes perspectivas para arribar a una propuesta de resolución de los casos analizados en este trabajo. Esto es, para configurar un *instrumento legal que permita al juez penal anular las resoluciones administrativas sancionadoras* impuestas vulnerando la preferencia jurisdiccional penal.

En concreto, en *Alemania* el *ne bis in idem* se proclama en su Constitución federal (en adelante, GG).¹⁰⁵ Exactamente el § 103 apartado 3º GG, consagra el principio *ne bis in idem*, al proclamar que “nadie puede ser condenado más de una vez por la

105 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 23 de mayo de 1949 (BGBl. I S, 1).

comisión del mismo hecho, en virtud de las leyes penales comunes.”¹⁰⁶ Merced esta previsión constitucional expresa, ha resultado evidente para la doctrina alemana que el *ne bis in idem* constituye no sólo un *derecho fundamental del proceso penal* sino también un *derecho subjetivo* de los particulares a no ser castigado dos veces por los mismos hechos.¹⁰⁷ En consecuencia, puede decirse que se consagra con mayor fundamento, la doble *vertiente material y procesal* por cuanto a tenor de aquel artículo resulta evidente la vigencia tanto de la *prohibición de que recaigan dos penas*, como de la *interdicción de un doble proceso penal* por la misma conducta (“*Tat*”).¹⁰⁸

106 “*Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden*”. Resulta significativo que esta prohibición de doble castigo se situara en un precepto, el § 103 GG, donde se contiene además el derecho de audiencia ante los tribunales (apartado 1º) y la prohibición de retroactividad de las leyes penales (apartado 2º).

107 En este sentido, *vid.* SCHMIDT/ABMANN, “Artikel 103” en MAUNZ-DÜRIG; *Grundgesetz Kommentar*, Band V, Art.89-146, München, 2003, marginales 271 y 272. ZIERLEIN, K.-G., “Artikel 103” en UMBACH/CLEMENS (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar*. Band II, Art.38-146 GG, Heidelberg, 2000, págs.1230 a 1233 (marginales 167 y ss.). De especial interés me resulta el estudio realizado por NOLTE, G., por cuanto tras explicar el proceso histórico para la plasmación del *ne bis in idem* en la Constitución federal alemana, conecta este principio con la proclamación en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, de la prohibición al “double jeopardy”, en *Bonner Grundgesetz Kommentar* (v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK), Band 3, Art.79-146, München, 2001, págs.1407 a 1409 y ss.(marginales 172 y ss.)

108 Apunta la posibilidad de deducir estas dos prohibiciones, DEGENHART, en “Art. 103” *Grundgesetz Kommentar*, SACHS, M., (Hrsg.), München, 1996, pág.1610 (marginal 83). A pesar de que, para no rebasar los límites del presente trabajo, no se entrará a analizar detenidamente la interpretación que realiza la doctrina alemana sobre los requisitos que del § 130. III GG se extraen en relación con el *ne bis in idem*, al menos sí quisiera dejar apuntada la dificultad que ha planteado la concreción del concepto “*Tat*” y que conscientemente he traducido *supra* como “conducta.” Ello debido a que este concepto no sólo abarca la mera identidad de tipos penales sino la identidad del complejo del suceso objetivo (*tatsächlichen Geschehenskomples*) como pone de manifiesto NOLTE, G., en *Bonner Grundgesetz Kommentar*, Op.cit. págs.1418 a 1422.

Con respecto a la *regla de preferencia del orden jurisdiccional penal*, puede decirse que dicha máxima se deduce de una interpretación conjunta de diversas normas. De un lado, del §21.1 de la *Ley de Contravenciones alemana* (en adelante, *OWiG*)¹⁰⁹ en el que se establece que:

“cuando una conducta se considere a la vez delito y contravención administrativa, se aplicará sólo la ley penal. Pueden imponerse las sanciones accesorias previstas en otra ley.”¹¹⁰

En puridad, en este precepto se contiene una suerte de regla para solucionar los casos de concurrencia o solapamientos entre normas penales y administrativas.¹¹¹ De esta forma a la postre, se establece la *subsidiariedad de la norma sancionadora administrativa*, por cuanto que en primera instancia debe aplicarse la norma penal y sólo en su defecto, la administrativa.¹¹² En los casos en que efectivamente se aplique la norma penal, además

109 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, aprobada el 19 de Febrero de 1987 (BGBl. I S. 602) y modificada por última vez mediante Ley de 25 de agosto de 1998 (BGBl. I S. 2432).

110 Además en el apartado segundo del mismo § 21 OWiG se consagra una especie de reserva a favor de la intervención subsidiaria de la Administración sancionadora, al establecerse que “en los casos del apartado 1º si no se impone una pena, la conducta puede no obstante ser sancionada como ilícito administrativo.”

111 En opinión de BOHNERT, J., el ámbito de aplicación de este precepto también alcanza los supuestos de *concurso ideal*, por cuanto para apreciar una concurrencia relevante a los efectos de este precepto, el ilícito penal y el administrativo deben ser coincidentes. Tal coincidencia implica que ambos deben ser ejecutados mediante una sola conducta, en *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, München, 2003, pág.115, marginal 2.

112 Entre otros, LEMKE, M., extraen dicha subsidiariedad de una interpretación conjunta entre los apartados 1º y 2º del § 21 OWiG, en *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Heidelberg, 1999, pág. 82, marginal 14. También, BOHNERT, J., para quien la subsidiariedad opera con independencia de que las normas sancionadoras se orienten hacia el mismo ámbito de protección o hacia ámbitos heterogéneos, en *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, München, 2003, pág.115, marginal 1. El mismo autor, en *Karlsruher Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2000, 2º Auflage, pág.396 (marginal 1).

puede imponerse, junto a la pena allí prevista, algunas *consecuencias accesorias*, en especial la prohibición de conducir vehículos a motor.¹¹³ En definitiva, al solucionarse los supuestos de concursos de normas sancionadas otorgando en primera instancia preferencia a la ley penal, inevitablemente, ello repercute en el *ámbito procesal* por cuanto, se otorga prevalencia a la intervención del juez penal.¹¹⁴

De otro lado, la preferencia jurisdiccional penal también se infiere de la previsión expresa en el § 86 OWiG de la obligación del juez penal de *declarar nula la previa multa administrativa* impuesta en un proceso administrativo, si con posterioridad se condena en un proceso penal, al mismo sujeto por la misma conducta (apartado 1º).¹¹⁵ Junto a ello, deberá tenerse en cuenta el importe que el sancionado haya pagado en concepto de *multa* en la vía administrativa y las sanciones accesorias impuestas, con el fin de compensarlas con la cantidad y medidas impuestas en el proceso penal (apartado 2º).¹¹⁶ En esta norma se contienen tanto el sistema de *anulación de determinadas sanciones administrativas* como el *sistema de compensación de las mismas*, pudiendo este último operar cuando las sanciones a las que se haya condenado fueran *multas pecuniarias o cuando fueran medidas accesorias*.

113 Prevista en el § 25 I StVG Vid. BOHNERT, J., en *Ordnungswidrigkeitengesetz...* Op. cit. pág. 118, marginal 14.

114 Cfr. BOHNERT, J., en *Ordnungswidrigkeitengesetz...* Op. cit. pág. 117, marginal 9.

115 Según STEINDORF, J., la identidad que se exige en este precepto no es de hecho, ("Tat") sino de conducta ("Handlung"), en *Karlsruher Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2000, 2º Auflage, pág. 1234, marginal 4.

116 Además de lo establecido en estos dos apartados, el §86 OWiG contiene un tercero, en el que se determina que las decisiones que adopte el juez en virtud de los anteriores apartados pueden ser alegadas tanto durante un juicio como en relación con cualquier otra resolución definitiva. Vid. *in extenso*, LEMKE, M., *Ordnungswidrigkeitengesetz...* Op. cit. pág. 432 a 435. También STEINDORF, J., *Karlsruher Kommentar...* Op. cit. pág. 1238, marginal 16.

El sistema alemán que sumariamente se acaba de exponer, ha recibido críticas por cuanto al establecer una primacía absoluta de la jurisdicción penal sin atender a criterios de especialidad o consunción, puede suceder que una infracción administrativa más especial que el delito o que imponga una sanción valorativamente superior a éste, quede relegada frente a dicho delito.¹¹⁷ Ello se debe a que este sistema, se fundamenta en la idea de que la pena siempre tiene un efecto más grave que la sanción administrativa.¹¹⁸ A mi juicio, esta idea resulta coherente con la postura de quienes entendemos que entre las infracciones administrativas y penales sólo median diferencias cuantitativas. Y ello porque, aún en los casos en que las sanciones administrativas consistentes en multas pecuniarias, sean superiores a las administrativas, por lo general aquéllas se impondrán conjuntamente con otras medidas o consecuencias accesorias. Pero incluso para el caso, en que se impongan únicamente las multa penales, éstas tienen un efecto más estigmatizante y aflictivo, que las administrativas.¹¹⁹ A ello hay que añadir que para los casos en que la infracción administrativa sea *especial* con respecto al delito, se exceptúa lo previsto en el § 21.1 OWIG, es decir, cabe aplicar la infracción administrativa con prioridad a la penal.¹²⁰

Por todo ello, en conclusión *el sistema de preferencia prácticamente absoluta de la jurisdicción penal sobre la*

117 En este sentido, *vide* las objeciones realizadas por MUÑOZ LORENTE, J., en *La nueva configuración del principio non bis in idem*... Op.cit.pág.95.

118 Como constata DE LEÓN VILLALBA, F. J., en *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Op.cit.pág.119 y ss.

119 Como ponen de manifiesto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/ GARCÍA RIVAS/ FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDÉ-CASAS, aunque no haya diferencia entre las cuantías de la multa penal y administrativa, e incluso cuando la multa administrativa sea en ocasiones superior a la penal, la multa penal "...lleva consigo un efecto sociológico que la hace más negativa que la administrativa, al imponerse en el curso de un proceso penal, con toda su puesta en escena", En *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2º Ed., Barcelona, 1999, pág.15.

120 *Vid.* BOHNERT, J., en *Ordnungswidrigkeitengesetz*... Op.cit.pág.116 (marginal 5); también LEMKE, M., en *Ordnungswidrigkeitengesetz*... Op.cit. pág.81, marginal 4.

administrativa, me merece en su conjunto una valoración positiva, en especial por cuanto sí articula un mecanismo para que el juez de lo penal pueda rectificar la vulneración de dicha preferencia y evitar así el origen de los supuestos de bis in idem.

Otro sistema penal de nuestro entorno jurídico, en el que se establecen mecanismos procesales de coordinación entre la jurisdicción penal y administrativa es el vigente en *Italia*. En este ordenamiento, cabe la posibilidad de resolver los posibles concursos de normas que se plantean entre las infracciones administrativas y penales, acudiendo al art. 9.1 de la Ley 24 de noviembre de 1981, n° 689 sobre *modificaciones al sistema penal*.¹²¹ Dicho precepto incorpora el “*principio di specialità*”,¹²² de manera que en los casos en que se produzca un *concurso aparente de normas*, cualquiera que sea la gravedad de la norma penal o administrativa concurrente, se aplica la *disposición especial*.¹²³ En consecuencia, en el sistema italiano no se establece a una jerarquía absoluta de las normas penales respecto de las administrativas, porque los concursos entre ellas no se resuelven en todo caso a favor de la ley penal,¹²⁴ sino a favor de la que contemple algún elemento de especificidad.¹²⁵

121 Supplemento alla *Gazzetta Ufficiale* n.329 del 30 novembre 1981.

122 En concreto, en su apartado 1º el art.9 establece que “cuando un mismo hecho sea castigado por una disposición penal y por una disposición que prevea una sanción administrativa, o bien por varias disposiciones que prevean sanciones administrativas, se aplicará la disposición especial.”

123 Destacando la importancia de la regla de especialidad como principio fundamental que rige en los casos de concursos de normas entre tipos penales y administrativos o entre tipos administrativos, *vid.* DOLCINI, E., *Commentario delle “modifiche al sistema penale”*, (DOLCINI/ GIARDA/ MUCCIARELI/ PALIERO/ GRUGNOLA), 1982, pág.55.

124 En efecto, como explican GALASSO, M./ GALASSO, F., la norma especial prevalece sobre la general, sin reservar ninguna preferencia a la norma penal por el mayor desvalor del delito que en ella se regula. *Vid. Il nuovo sistema delle sanzioni amministrative e le altre modifiche dell’ordinamento penale*, Roma, 1982, pág.24.

125 Según DOLCINI, E., por *norma especial* debe entenderse aquella norma que presenta todos los elementos de la norma general con la añadidura de al menos otro elemento ulterior, en *Commentario*, Op.cit.pág.58. Dicho

Por todo ello, a mi modo de ver, este sistema plantea diversos *aspectos criticables*: de un lado que, como ya ha constatado la doctrina italiana, en la práctica este precepto restringe la aplicación de los preceptos penales, dado que se ha llegado a crear infracciones administrativas especiales respecto de los tipos penales que han limitado la operatividad de éstos.¹²⁶ De otro lado, un sistema que para resolver los concursos de normas sancionadoras se basa en la especialidad, puede conducir a la paradójica situación de que la norma especial –ya sea penal o administrativa– que finalmente prevalezca, prevea una *sanción inferior* a la norma general que es desplazada.¹²⁷ Son estos inconvenientes los que me llevan a la conclusión de que *un sistema exclusivamente basado en el principio de especialidad tampoco ofrece un criterio satisfactorio* para solucionar los concursos entre las normas penales y administrativas.

elemento ulterior, introduce una especificidad en el tipo, con respecto al otro que desplaza y que se considera *general*. Para PROPATO, D., se trata de aplicar la norma que por la especificidad de su contenido considerado en abstracto, mejor se adecua al caso concreto, en *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzioni*, III edizione, Roma, 1991, pág. 47.

- 126 Con respecto al sistema establecido por esta ley, SGUBBI, F., manifiesta su opinión crítica e incluso considera que el art. 9 adolece de claridad. Además apunta que sobre este precepto se cierne una sospecha de inconstitucionalidad, en especial por cuanto en su apartado 2º establece una reserva a favor de las normas administrativas de las provincias autónomas de Trento y Bolzano, en “I principi generali dell’illecito punito con sanzione amministrativa” en *Studi Economico-Giuridici, volume L, 1982-1983, Le modifiche al sistema penale nella legge 24 novembre 1981 n° 689*, pág.25.
- 127 En este sentido las objeciones de MUÑOZ LORENTE, J., quien además hace alusión a la extendida crítica según la cual, a la postre pueda ser la Administración la que decida si la conducta ha de ser constitutiva de delito o de infracción administrativa, en *La nueva configuración del principio non bis in idem...* Op. cit. págs. 96 y 97.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA REGULAR LA PREFERENCIA DE LA JURISDICCIONAL PENAL.

A través del precedente estudio ha sido posible delimitar los *rasgos actuales del principio ne bis in idem* conforme a los recientes pronunciamientos de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

El *primero de ellos* no tiene carácter novedoso, aunque sí eminente trascendencia, pues consiste en la distinción de las dos vertientes o perspectivas de este principio, la *material* y la *procesal*. Con respecto a las mismas, sí ha adquirido importancia en tiempos recientes la explicación de que la vertiente procesal ha de interpretarse a la luz de la material, o por mejor decir, que ésta debe necesariamente inspirar aquélla (STC 177/1999, de 30 de octubre, F.J.3º).

En *segundo lugar*, otro aspecto aclarado recientemente es la existencia de un *diferente fundamento* para cada una de aquellas perspectivas, de manera que la *material* halla su justificación en la *garantía de evitar una duplicidad sancionadora* en los casos en que se verifique la *triple identidad de sujetos, hechos y fundamento*. Es decir, en el derecho fundamental a la legalidad y tipicidad penales (art.25.1 CE) y además en la exigencia de evitar un exceso punitivo desproporcionado. Así pues, también la *prohibición de exceso o principio de proporcionalidad* se ha consolidado recientemente como el fundamento del *ne bis in idem material* (SSTC 154/1990 de 15 de octubre y 2/2003, de 16 de enero, FJ 3º a). De otra parte, el *ne bis in idem procesal*, se justificaría en el derecho fundamental a un proceso penal con todas las garantías (art.24.2 CE), integrado a su vez por los límites derivados del *valor de libertad* (art.1.1 C.E.) y de la *seguridad jurídica* (art.9.3 C.E., STC 2/2003, de 16 de enero FJ 8º).

Como *tercer rasgo* deducible de la fundamentación propuesta, debe destacarse que el *ne bis in idem* es un *derecho fundamental* y así lo ha entendido sin duda el TC al admitir los

antecitados recursos de amparo por su posible vulneración, (v. gr. STC 2/2003, F.J. 3º a):

En cuarto lugar, la vertiente procesal del *ne bis in idem* se concreta en la *regla de preferencia del orden jurisdiccional penal* (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3º c). No obstante lo anterior, resulta necesario realizar al menos dos precisiones respecto al fundamento y efectos de dicha regla. De un lado que la misma se justifica en la *subordinación de la Administración a la autoridad judicial* (STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3º), que es un principio sustancial por cuanto garantiza al ciudadano que las decisiones administrativas van a estar controladas por el Poder Judicial, despejando así posibles resquicios de arbitrariedad administrativa. En consecuencia, la preferencia de la jurisdicción penal no deriva del *ne bis in idem*, ni éste de aquella regla sino que son máximas independientes, si bien conectadas en cuanto que dicho principio en su vertiente procesal requiere de una *regla de salvaguardia* para su efectividad. Ello debido a que en el ámbito material, la prohibición de *bis in idem* no determina “*per se*”, qué rama del *ius puniendi* debe prevalecer, si la penal o la administrativa. Es a estos efectos un principio valorativamente neutro. Y precisamente por la inexistencia en nuestro ordenamiento de un criterio que dirima al respecto en el ámbito material, se hace necesario concretar en la esfera procesal una *regla que de cauce a ésta y a otras garantías inherentes a la jurisdicción penal*, con preferencia a que pueda ejercitarse la potestad sancionadora de la Administración, porque dicho ejercicio está limitado por garantías más atenuadas para el ciudadano.

Como quinto dato significativo, cabe apuntar que en escasas ocasiones –o quizás nunca antes–, el TC había admitido con tanta claridad que la infracción de la regla que establece la preferencia jurisdiccional penal no sólo tiene importancia legal sino también *relevancia constitucional* (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 9º). Así pues, frente a la infravaloración de esta regla deducible de la STC 177/1999, de 11 de octubre, en la STC 2/2003 se le vuelve a dotar del sentido y alcance constitucional del

que gozaba a tenor de la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3º), para complementar a la prohibición de *bis in idem*.

En *sexto y último lugar*, en la STC 2/2003, de 16 de enero se establece una diferencia trascendental en el ejercicio de las dos manifestaciones del *ius puniendi* estatal, por cuanto para establecer en qué casos se vulnera el *ne bis in idem procesal* por la apertura de un segundo procedimiento sancionador, se apela a las desiguales garantías o principios que limitan e inspiran, respectivamente los procesos sancionadores penal y administrativo. De suerte que la interdicción de un doble proceso sancionador sólo se incumple si:

“...los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador” (FJ 8º *in fine*).

Según este entendimiento, no sería posible equiparar a efectos punitivos, un mero expediente administrativo sancionador y un proceso jurisdiccional penal, lo cual sin embargo debe ser interpretando con la mayor de las cautelas, pues no parece que el TC esté rechazando esta equiparación en la generalidad de los supuestos. Más bien, advierte de que para establecerla, deberá atenderse al caso concreto y en especial a “...las características del procedimiento –su grado de complejidad–” y a las de “...la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud–...” (FJ 8º). Se trata pues de comparar procesos sancionadores en los que los castigos impuestos sean de idéntica naturaleza y si bien, a la postre, esta comparación arrojará como conclusión, la existencia de mayores garantías en el proceso penal, no puede obviarse que también a resultas de un mero expediente administrativo sancionador se puede actuar el *ius puniendi*, aunque se ejerza una potestad sancionadora –por así decirlo– de “baja intensidad.”

Las conclusiones hasta ahora expuestas y extraídas de la jurisprudencia constitucional, podrán servir para mejor perfilar los contornos del *ne bis in idem* y de la regla de preferencia del

orden jurisdiccional penal, pero estas características no bastan por sí solas para solucionar los supuestos en que efectivamente se verifique una duplicidad sancionadora y se someta a un mismo sujeto a dos procesos sancionadores por unos mismos hechos y fundamento. De ahí que se haga preciso articular una solución que permita al juez de lo penal, evitar la doble imposición como consecuencia derivada del incumplimiento de la regla de preferencia de la jurisdicción penal. Como ya ha puesto de manifiesto el propio TC –y así se venía exigiendo entre un sector de la doctrina penal–, debería ser el legislador ordinario el que estableciera *mecanismos normativos* para evitar la reiteración sancionadora e impedir las consecuencias que deriven del incumplimiento del *ne bis in idem* (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 6º).

Sin embargo, no considero por completo satisfactoria la solución adoptada en su último pronunciamiento al respecto y consistente en la compensación de un lado, entre las multas administrativas y las penales y de otro, entre consecuencias administrativas y otras consecuencias accesorias penales. Es decir, frente a la posibilidad de generalizar esta solución como criterio jurisprudencial, a mi modo de ver, es preferible proceder por vía de reforma a *introducir un precepto en la legislación penal, procesal penal o incluso en LRJAP-PAC*.

Como se ha destacado a través del estudio de la jurisprudencia constitucional expuesta, *en nuestro ordenamiento jurídico se carece de un precepto que faculte al juez de lo penal a declarar nulos, actos administrativos sancionadores*. En consecuencia, el precepto que sería conveniente introducir, debería establecer de un lado y con eficacia para todo el ordenamiento sancionador, la *preferencia* de la norma y de la jurisdicción penales y la consiguiente obligación para la Administración, de suspender el expediente administrativo sancionador y poner los hechos que pudieran ser constitutivos de delito, en conocimiento del juez. De otro lado, el dato más novedoso consistiría en introducir –para el caso en que se incumplan tan elementales exigencias–, una suerte de apartado que conceda al juez penal la facultad de

declarar nulas de pleno derecho las sanciones recaídas a resultas del expediente sancionador, para retrotraer así las actuaciones al momento anterior al mismo. Y, para los casos en que ya se hubieran cumplido las sanciones administrativas, debería atribuirse al juez penal la potestad de *compensar* las multas pecuniarias y demás consecuencias accesorias, en la ejecución de la sentencia, toda vez que la de *ordenar* a la Administración que dejara sin efecto cualquier anotación o posterior consecuencia del expediente sancionador.

No puede obviarse que el contenido de este precepto se asemejaría a lo dispuesto en el sistema alemán (§§ 21 y 86 OwiG) para solucionar casos de *bis in idem* como los analizados en este trabajo. Y ello porque, frente a las opiniones doctrinales que tratan de extrapolar dicho sistema, pero introduciendo modificaciones al mismo para evitar una absoluta preferencia de las infracciones penales,¹²⁸ considero político-penalmente más acertada la opción de configurar *un sistema sobre la base de esa total preeminencia del orden material y procesal penal*. Es decir, a tenor de la experiencia en derecho comparado, creo que es más satisfactoria la opción de establecer por medio de un precepto “*ad hoc*”, que en primera instancia se aplique la norma penal, sin necesidad de atender a criterio de especialidad alguno, a la vista de los problemas que el mismo ha planteado en el derecho penal y administrativo sancionador italiano. De este modo se garantizaría la preferencia de la intervención del juez penal para enjuiciar hechos que pudieran ser constitutivos de delitos.

Así y todo, soy consciente de que para la introducción de esta norma habría que llevar a cabo una tarea de armonización de

128. De esta opinión parece ser MUÑOZ LORENTE, J., quien frente a la posibilidad de adoptar *in totum* el sistema alemán, sugiere “...adoptar únicamente los modelos competenciales alemán e italiano de resolución del conflicto; esto es, atribuir al Juez penal la potestad para resolver ese conflicto. “Lo cual significa atribuir al juez penal de modo general “...la posibilidad de decidir entre la imposición de la sanción penal o la administrativa...” en *La nueva configuración del principio non bis in idem...* Op. cit. págs. 98 y 99.

las distintas disposiciones sectoriales que en la actualidad establecen la preferencia penal y también cohonestar aquel hipotético precepto con el art.133 LRJAP-PAC y art.7 REPEPOS. Pero no es menos cierto, que quizá con ello se ofrecería un instrumento práctico al juez penal, para evitarle las paradojas de decidir entre aplicar la legalidad penal vigente o respetar el *ne bis in idem*, cuando se sometan a su consideración los mismos hechos con el mismo fundamento que los ya sancionados por la Administración. Porque en definitiva, pronunciamientos constitucionales como la STC 2/2003, de 16 de junio ponen de manifiesto la necesidad de *configurar mecanismos legales para resolver a posteriori supuestos de doble imposición*, habida cuenta de la importancia y frecuencia que están adquiriendo en la actualidad ante nuestros tribunales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ ARROYO ZAPATERO/
GARCÍA RIVAS/ FERRÉ OLIVÉ/SERRANO
PIEDCASAS; *Lecciones de Derecho Penal. Parte
General*, 2º Ed., Barcelona, 1999.
- BELLOCH PETIT, G., “El principio de non bis in idem en las
relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario”
Poder Judicial, nº51, 1998.
- BOHNERT, J.: *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*,
München, 2003.
- _____
Karlsruher Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz,
München, 2000, 2º Auflage.
- CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios
constitucionales*, Valencia, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S., en *Derecho
Penal. Parte General*. 5º Ed., Valencia, 1999.

- COBO DEL ROSAL, M / BOIX REIG, J., en “Garantías constitucionales del Derecho Sancionador”, *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982.
- CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J.-I., “Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal” en *Actualidad Penal* nº8, del 21 al 27 de febrero de 2000.
- CUERDA RIEZU, A., “El concurso de delitos en el Borrador del Anteproyecto del C.P. de 1990” en *ADPCCPP*, Madrid, mayo-agosto de 1991.
- DEGENHART, en “Art. 103” *Grundgesetz Kommentar*, SACHS, M., (Hrsg.), München, 1996.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Barcelona, 1998.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000.
- DOLCINI, E., *Commentario delle “modifiche al sistema penale”*, (DOLCINI/ GIARDA/ MUCCIARELI/ PALIERO/ GRUGNOLA), 1982.
- GALASSO, M./ GALASSO, F., *Il nuovo sistema delle sanzioni amministrative e le altre modifiche dell’ordinamento penale*, Roma, 1982.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., en “Principio “non bis in idem (art.133 LRJPAC)”, en *El procedimiento administrativo sancionador*, (obra consultada en Base de Datos Tirant-online), Valencia, 2001, *Epígrafe 7*.
- GARCÍA ALVERO, R.: “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995.
- ____ “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en

- El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor J.M Valle Muñiz*, Elcano, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas” *REDA*, 1976, nº 10.
- GARCÍA MACHO, R., en *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992.
- GARCÍA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado Democrático*, Universidad de Castilla La Mancha, 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 2º Ed. 1997.
- GÓRRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art.319 C.P*, Valencia, 2003.
- “El principio “ne bis in idem” y la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre”, *Revista de Ciencias Penales. Vol.3, nº 1 y 2, 2000.*
- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, 1994.
- LEMKE, M., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Heidelberg, 1999.
- MARINA JALVO, B., ““Non bis in idem” y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº108, octubre-diciembre de 2000.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., “Sanciones penales y sanciones gubernativas”, en *Problemas actuales de Derecho Penal*, Salamanca 1971.
- MUÑOZ LORENTE, J., *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*, Madrid, 2001.

- NAVARRO CARDOSO, F., en *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001.
- NIETO GARCÍA, A., en *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid 2002, 3ª Edición ampliada.
- NOLTE, G., *Bonner Grundgesetz Kommentar* (v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK), Band 3, Art.79-146, München, 2001.
- PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002.
- PROPATO, D., *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzioni*, III edizione, Roma, 1991.
- SCHMIDT/ABMANN, “Artikel 103“ en MAUNZ-DÜRIG; *Grundgesetz Kommentar*, Band V, Art.89-146, München, 2003.
- SGUBBI, F., *Studi Economico-Giuridici, volume L, 1982-1983, Le modifiche al sistema penale nella legge 24 novembre 1981 n° 689*, Napoli, 1984.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992:
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª Ed., Madrid, 2001.
- STEINDORF, J., *Karlsruher Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2º Auflage, 2000.
- VIVES ANTÓN, T.S.: “Estado de Derecho y Derecho Penal“, *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid, 1982.
- *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995.
- ZIERLEIN, K.-G., “Artikel 103“ en UMBACH/CLEMENS (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar*. Band II, Art.38-146 GG, Heidelberg, 2000.