



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

NON BIS IN IDEM
ESPECIAL MENCIÓN DE LOS ASPECTOS
PROBLEMÁTICOS EN SU APLICACIÓN

Alumno: Antonio Luis Martos Jódar

Junio, 2016

SUMARIO

BREVE APROXIMACIÓN INICIAL

1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

1.1. Fundamento del principio non bis in idem

1.2. Naturaleza del principio non bis in ídem

2. VERTIENTE MATERIAL DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

2.1. Contenido de la vertiente material del principio non bis in ídem

2.2. Ámbito en el que opera el principio non bis in idem

2.3 Aspectos controvertidos de la triple identidad necesaria para que opere el non bis in idem: sujeto, hechos y fundamento jurídico

2.3.1 Respecto al sujeto

2.3.2. Respecto a los hechos

2.3.3 Respecto al fundamento jurídico

3. CONFLUENCIA DE NORMAS

3.1 Confluencia de normas (y de ilícitos) en el ámbito penal

3.2. Confluencia de normas (y de ilícitos) penales y administrativos

3.3. Confluencia de normas sancionadoras administrativas (y de ilícitos administrativos)

4. Especial mención de la competencia del Tribunal Constitucional para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad que fundamenta la prohibición de bis in ídem

5. VERTIENTE PROCESAL DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

5.1 Contenido de la vertiente procesal del principio non bis in ídem

5.2 Tramitación simultánea o sucesiva de dos procesos penales

5.3 Tramitación simultánea o sucesiva de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador: la prevalencia de la vía penal, instrumento procesal clave tendente a evitar la doble sanción y el doble enjuiciamiento “innecesario”

5.4 Tramitación simultánea o sucesiva de varios procedimientos administrativos sancionadores

6. CONCLUSIONES

NON BIS IN IDEM: ESPECIAL MENCIÓN DE LOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN SU APLICACIÓN

BREVE APROXIMACION INICIAL

Si por algún motivo debiéramos abordar el estudio de la protección de las zonas verdes en España, observaríamos que nuestro Ordenamiento Jurídico, protege de forma muy intensa tanto penal como administrativamente estos lugares, y además, dentro de estas ramas normativas, de formas distintas.

No obstante, como resultado de esta especial protección que disfrutaban las zonas verdes en España, tanto a nivel internacional, nacional, autonómico y local, ha dado lugar a la aparición de cierta problemática procesal relacionada con un antiguo principio, asentado ya en nuestro sistema normativo, el non bis in ídem.

Como he dicho anteriormente, este principio no es nuevo, es antiguo, muy abordado, y ha generado mucha jurisprudencia y debate jurídico, doctrina. No obstante, a pesar de todos los esfuerzos dedicados a determinar, analizar, concretar y delimitar lo que este principio significa, siguen existiendo problemas en la práctica, en contraposición a su supuesto sencillo significado, suscita grandes problemas a la hora de su aplicación práctica.

En consecuencia a lo expuesto anteriormente, obtenemos que el cuerpo jurisprudencial del principio non bis in ídem es muy extenso, en tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional, se han pronunciado en diversas ocasiones sobre los aspectos que podríamos denominar centrales, de dicho principio:

- 1- Sobre su fundamento y naturaleza jurídica
- 1- En cuanto a la vertiente material de tal principio
 - 1- La vertiente procesal

Sería conveniente y de gran utilidad realizar un examen general de los problemas que hayan tenido relación con el non bis in ídem, planteados ante los tribunales, aunque no necesariamente versen sobre materia de terrenos con especial protección, como las zonas verdes, pues, en cuanto a materia procesal, el tema del que verse el problema es irrelevante, y cuando el problema trate sobre la cuestión material, normalmente se ofrecerá en la sentencia

una solución basada en la argumentación de casos semejantes o análogos sobre la temática que se trate.

En este caso, se va a analizar, prestando mayor atención a los problemas que suscita el principio non bis in ídem en cuanto a materia sancionadora tanto penal como administrativa. También es oportuno realizar una afirmación: aunque el non bis in ídem se centra mayoritariamente en el Derecho sancionador, analizando la confluencia entre los sectores penal y administrativo de una misma realidad, no es posible perjudicar o gravar de forma negativa dos veces por un mismo suceso no solo en el ámbito sancionador, sino como ha afirmado el Tribunal Supremo, este principio puede manifestarse en circunstancias no sancionadoras.

1. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

1.1 FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

Nos equivocamos si intentamos dar fundamento al principio non bis in ídem en la institución de la cosa juzgada, sino que más bien, sería correcto afirmar que la cosa juzgada tiene su fundamento en la prohibición del non bis in ídem, justo lo inverso, es decir, la prohibición que este principio asegura, afecta directamente a la cosa juzgada material. Son por tanto dos instituciones diferentes, muy relacionadas pero no iguales; la cosa juzgada no pretende únicamente la salvaguarda de dicho principio, no es su única o principal finalidad, ni opera en los casos en que nada se ha juzgado, al contrario de lo que ocurre con el non bis in ídem, que sí que opera sin nada juzgado, donde por poner un ejemplo, actuará en sanciones administrativas que no son recurridas y que finalmente devienen firmes de forma posterior al incoar un procedimiento penal por los mismos hechos.

Por lo anteriormente citado, si se pretende encontrar el verdadero fundamento del principio non bis in ídem, se debe acudir al principio de proporcionalidad, al que otros principios también se hayan estrechamente vinculados como los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E). Por ello, y teniendo en cuenta que desproporción implica arbitrariedad, no sería posible juzgar o sancionar a un mismo sujeto dos veces por un mismo hecho, ya que actuaríamos de forma desproporcionada, de acuerdo con la doctrina más asentada y con sentencias del TC donde expresamente se reconoce tal afirmación que yo he expuesto. Así, la STC 177/1999 afirmó

que: si un «*mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción [...] comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita.*»

De hecho, en la Declaración de Derechos del hombre y el Ciudadano de 1789 ya se recoge un idea que dará lugar con el tiempo a lo que hoy conocemos como non bis in idem, en dicha Declaración se recogía el siguiente precepto: nadie podrá ser sancionado con una pena mayor de la estrictamente necesaria. De esta idea surge la idea de proporcionalidad, y de ahí surge la prohibición de doble sanción en idénticas circunstancias.

Por su parte, L. ARROYO ZAPATERO (1983) hizo hincapié en el hecho de que la anterior etapa política, y la no censurada práctica de sancionar dos veces por los mismos hechos, es donde encontramos la causa que fundamenta la aparición y desarrollo del non bis in idem.

Por otro lado, TOMAS CANO CAMPOS (2010) considera que si partimos de que la naturaleza de las sanciones y prevenir y proteger los bienes jurídicos que la sociedad considera necesarios y valora como tal, el hecho de sancionar por segunda vez, tras haber reparado el daño con una sanción en un primer procedimiento sancionador, no aportaría nada a esa intención de prevención y protección, sino que estaría más encaminada dicha segunda sanción a la arbitrariedad y venganza. Si consideramos que las normas establecen un castigo para cada acción ilícita, el cual se considera suficiente para disuadir o evitar que tal mal se produzca, sería totalmente desproporcionado aplicar ese castigo multiplicado por dos.

En cuanto al principio de seguridad jurídica, sabemos que obliga a que el ciudadano sea capaz de saber las consecuencias de sus actos y la posible actuación a posteriori de los poderes públicos, es por ello que el ciudadano, el cual ha cometido un ilícito, y sabe las consecuencias de sus actos y además sabe que la administración va a actuar en su contra, debe también tener la seguridad de que no va a ser juzgado doblemente por los mismos hechos.

1.2 NATURALEZA DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

La primera aparición del non bis in idem la vemos en la STC 2/1981, de 30 de enero de 1981 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981), donde en su fundamento Jurídico 4º encontramos que: “*El principio general del derecho conocido por 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 del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración - relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.”, y continúa diciendo que el non bis in idem “va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 CE.”

Como ya sabemos, el Tribunal Constitucional ha declarado en sus sentencias que el hecho de imponer una sanción desproporcionada, en cualquier sentido, va en contra del principio de legalidad del art. 25 CE. Esta relación directa con dicho artículo hace ni más ni menos que el principio non bis in idem sea protegido en vía de amparo. Este es el método que los mayores intérpretes de la Constitución han encontrado para proteger tal principio. No obstante, esta derivación al principio de legalidad no debería ser excluyente, con ello me refiero a que el principio de legalidad no es el único al que puede derivarse el non bis in idem ya que un sujeto, al que se le inician dos o más procedimientos por unos mismos hechos, se le está negando también el derecho a un sistema procesal justo, a un proceso con garantías, derecho establecido en el art. 24.2 CE. Con lo anterior simplemente pretendo hacer hincapié en que el non bis in idem es un principio complejo, que no puede únicamente relacionarse a un derecho o principio, sino que esa propia complejidad lo hace directamente relacionable con muchos principios y derechos establecidos en nuestro ordenamiento y que no siempre se manifestará relacionado con el principio de legalidad, no debemos hacerlo propio de tal principio del artículo 25 CE ((A. CUERDA RIEZU ((1999))), ya que al iniciarse un doble proceso, quizá se contraría lo dispuesto en el art.24 CE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva o simplemente se comete arbitrariedad y desproporción. No debemos relacionar directamente el non bis in idem al principio de legalidad.

El Tribunal Constitucional ha intentado en la sentencia anterior relacionar el non bis in idem con un derecho fundamental, el de legalidad, consiguiendo con ello otorgar la mayor protección y garantía posible a la prohibición de sancionar dos veces por lo mismo. No obstante, algunos autores no consideran correcto comparar el principio de legalidad con el non bis in idem, es el caso de S. DEL REY GUANTER, el cual se basa en una interpretación absolutamente literal del artículo 25.1 CE afirmando en ningún momento dicho precepto hace referencia al non bis in idem, o de L. ARROYO ZAPATERO, para el cual, no debería considerarse tal relación siempre y cuando ambas sanciones se encuentren previstas en la Ley evitando la inseguridad al ciudadano. Sin embargo, este mismo autor no se opone al non bis in

idem, simplemente niega su relación con el principio de legalidad, para acabar afirmando que pese a todo, dicha relación efectuada por el TC es un acierto, puesto que en realidad lo importante es la seguridad que se le otorga al non bis in idem al relacionarlo con un derecho fundamental.

Podríamos tomar por ciertas las teorías de los autores anteriormente mencionados, y a los autores que apoyan la idea de sancionar en vía administrativa y vía penal simultáneamente, basándose en el hecho de que las sanciones son de naturaleza distinta, y por tanto complementarias, al igual que el derecho penal puede imponer una sanción a un sujeto compuesta por privación de libertad, multa e inhabilitación, podríamos añadir a tales sanciones otras, de carácter administrativo, que complementen la solución propuesta por la Ley penal. REBOLLO PUIG (1989). No obstante, considero, y seguro muchos autores también lo harán, que quizá podríamos volver a las prácticas sancionadoras excesivas del pasado, a una etapa anterior en la que la arbitrariedad parecía imponerse. Aplicar normas de distinta naturaleza escondiéndolas en su carácter complementario no me parece correcto, puesto que la aplicación de la norma penal, por ser la más grave, muchas veces lleva implícita la sanción administrativa, que sancionaba la misma acción sin requerir un resultado especialmente gravoso.

2. VERTIENTE MATERIAL DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

2.1 .CONTENIDO DE LA VERTIENTE MATERIAL DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

Como he dicho anteriormente, el principio non bis in idem prohíbe la doble sanción a un mismo sujeto por unos mismos hechos, es decir, sancionar dos veces a la misma persona por los mismos fundamentos jurídicos y entendido a la inversa, permite que un sujeto sea sancionado en base a un distinto fundamento jurídico aun dándose identidad en persona y hechos.

Encontramos la afirmación material de este principio en el artículo 133 de la Ley de Administraciones Públicas, en que se afirma literalmente que *“no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”*, lo cual es una afirmación del non bis in

idem, aunque resulta incompleta, como más adelante tendremos oportunidad de comprobar en otros apartados.

De la anterior afirmación se obtienen por tanto tres requisitos necesarios para que el principio non bis in idem pueda desplegar sus efectos, me refiero a la identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico. Estos tres requisitos son obligatorios y no hay matices o relatividades ni excepciones, deben concurrir los tres.

En relación a la afirmación del artículo anterior, en la STC 154/1990, se afirma que lo que el citado artículo quiere dar a entender, es que no se puede sancionar dos veces a un sujeto por un mismo delito, que no por una misma acción. Continúa la citada Sentencia reiterándose en la idea de que una misma acción, si únicamente lesiona un bien jurídico, solo podrá ser sancionada una vez (texto de la STC 154/1990: *“El principio non bis in idem es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y acción punitiva [...]»*). Ni siquiera es correcto afirmar que el non bis in idem no rige en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, pues la posibilidad de imponer en dicho ámbito dos sanciones por la comisión de un mismo hecho radica, más bien, en la carencia de alguno de los requisitos que el principio exige para ser aplicado, en concreto en la falta de la identidad de fundamento o bien jurídico protegido.”

Continuando con la vertiente material del non bis in idem, debemos hacer referencia al art. 67 CP en el cual se prohíbe al aplicador de la Ley que aplique circunstancias agravantes de la acción que ya hayan sido consideradas por el tipo en cuestión. Prohíbe por tanto una doble consideración de una misma circunstancia. Es el caso de los delitos que exigen el hecho de haber cometido una infracción administrativa para ser considerados como tales (delitos contra hacienda). E. GIMBERNAT (1999) considera tal precepto del artículo 67 CP una manifestación completa del non bis in idem.

Tenemos en nuestro ordenamiento jurídico un artículo que describe el contenido del non bis in idem (133 LAP) y otros artículos como el 67 CP que indirectamente dan contenido al principio, no obstante, a pesar de los diversos artículos que parecen desarrollarlo, no termina de quedar materialmente descrito al completo, siendo en Sentencias del Tribunal Constitucional donde encontramos un gran desarrollo de su contenido, así como interpretación necesaria para abordar las situaciones en que puede o debe manifestarse (STC 154/1990 sobre la posibilidad de sancionar doblemente con distinto fundamento jurídico, la STC 234/1991 sobre la exigibilidad de distinto fundamento jurídico para apertura de

procedimiento administrativo tras el penal, y muchas más que iré mencionando a lo largo de mi trabajo).

2.2 ÁMBITO EN EL QUE OPERA EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

El principio non bis in idem no actúa sobre la creación de derecho material, no influye en la creación de normas y leyes, el principio no podría evitar, ni lo hace, que un tipo de comportamiento esté o no tipificado en dos o más artículos del ordenamiento nacional, sino que lo que evita es que dichos preceptos sean aplicados de forma simultánea.

Continuar con el ejemplo expuesto al principio, un caso que genere problemática con el medio ambiente, nos servirá de ayuda para comprender lo expuesto anteriormente. Imaginemos un ciudadano que construye una casa terreno no urbanizable, con toda seguridad la Admón. Actuará en contra de tal acción, sancionando al individuo por el ilícito. Pero ahí podría no acabar el asunto, ya que imaginemos que además esa zona donde construyó, es una zona donde vive un animal protegido, sería muy posible que se iniciara un procedimiento penal por la intromisión en la seguridad de dicho animal protegido. Con esto podemos ver que se ha juzgado y sancionado dos veces al mismo sujeto por los mismos hechos, pero no por los mismos fundamentos jurídicos o bienes protegidos. No podría actuar en esa situación el principio non bis in idem.

Es común que unos mismos hechos aparezcan tipificados en distintas normas, generando la problemática del principio que nos atañe. A esta problemática es posible que el legislador pudiera ponerle fin: si de algún modo se olvidara de repetir comportamientos sancionables en distintas normas, si se decantara por ese poder del derecho penal, que afirma que este actuará en los casos más graves y se añadieran elementos agravantes o atenuantes a dichos tipos del Código Penal quizá la problemática y la utilización de este principio sería menor; aplicado a mi ejemplo, el tipo penal añadiría un agravante por construcción ilegal en el artículo de protección de especies protegidas.

Por otro lado, algunos artículos están redactados utilizando la técnica de la “tipificación por remisión”, es decir, una norma se remite a otra para describir un comportamiento ilícito. Ello da lugar a que nos encontremos una redacción idéntica de un tipo en distintas normas, lo que conlleva una dificultad para el aplicador del Derecho, se debe

encontrar un elemento diferenciador para discernir entre usar una norma u otra, la penal o la administrativa, por ejemplo.

2.3 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA TRIPLE IDENTIDAD NECESARIA PARA QUE OPERE EL NON BIS IN IDEM: SUJETO, HECHOS Y FUNDAMENTO JURÍDICO

2.3.1 Respecto al sujeto

La labor de encontrar o descartar una identidad del sujeto con el objetivo de no vulnerar el principio non bis in ídem era una cuestión sencilla en la práctica, que además se veía ayudada por el brocardo *societas delinquere non potest*, según el cual solo se podía sancionar penalmente una persona física, nunca a una jurídica, quedando esa posible sanción en manos del ámbito administrativo. Por tanto, era lícito y normal sancionar a una persona en vía penal si tras la investigación resultaba ser autor dentro de un delito societario, y sancionar a la sociedad en vía administrativa sin vulnerar el principio non bis in ídem, pues no se daba la triple identidad, el sujeto responsable no era el mismo.

Así era la situación normativa e interpretativa del principio que nos atañe y prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, que ante esta situación, afirma no se haya la existencia de identidad de sujeto, pues mientras que la responsabilidad penal recaía sobre un sujeto particular, era por vía administrativa sancionada la empresa.

De forma brillante aclaran esta controversia los profesores de Derecho Pardo, M.; Rubio, E.; Gómez, F. y Alfonso, R. (2010), los cuales indican que con el artículo 31 de la LO 5/2010, el estado español ha intentado dar cumplimiento a la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 19 de noviembre de 2008, en relación a la protección penal del medio ambiente.

Tal directiva, que trata sobre la obligación de los estados de imponer sanciones penales por las infracciones graves sobre el medio ambiente que cometieren los sujetos, define la responsabilidad penal de las personas físicas. En su art.2, define persona física como: *“toda persona jurídica conforme al Derecho interno aplicable, a excepción de los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas”*.

Por tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas es una realidad, y se afirma aún más en ello al establecer en su art.6 que: *“Los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio por cualquier persona, a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que tenga una posición directiva en la persona jurídica basada en: a) un poder de representación de la persona jurídica: b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica.”*

La Directiva, por tanto, obliga a los Estados miembros a asegurarse también de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de una persona haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de la persona jurídica, alguno de los delitos a los que se hace referencia.

Además, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluirá la adopción de medidas penales contra las personas físicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de los delitos a los que se hace referencia.

Finalmente, en el artículo 7, establece que Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, y no especifica penas concretas, lo cual el profesor Alfonso R. (2010) se debe interpretar como una muestra de respeto a la autonomía de los Estados miembros.

En el ámbito nacional, no debemos olvidar en 1991, el Tribunal Constitucional en la STC 246/1991 ya hizo referencia a la culpabilidad de las personas jurídicas y a la aplicabilidad de las sanciones administrativas en ellas: *“Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos”*

Este primer acercamiento a la posibilidad de que las sanciones administrativas fuesen impuestas a las personas jurídicas en base al principio de culpabilidad, es posiblemente un punto de inflexión, en el cual parece se eliminaron algunas creencias históricas basadas en la no sancionabilidad de las personas jurídicas, y que posteriormente hemos podido ver eliminadas, siendo hoy sancionadas en base a culpa.

2.3.2. Respecto a los hechos

La identidad de hechos se da cuando las acciones enjuiciadas son las mismas, entendiendo que no pudiera darse el caso de un concurso real de infracciones cuando estemos ante un mismo hecho antijurídico. Así lo señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de Noviembre de 1990: *«Es indudable que el principio non bis in ídem no resulta vulnerado cuando las penas se aplican por acciones típicas diversas. La punibilidad acumulativa que se fundamenta en un concurso real de delitos no determina vulneración alguna de este principio precisamente por la diversidad de acciones sancionadas.»*

No obstante, no debemos confundir un aspecto que aunque en la práctica no suponga un mayor problema, debe ser aclarado: no se vulnera el principio non bis in ídem al sancionar por los mismos hechos a una persona si esta cometiere dicho ilícito de nuevo con posterioridad. Así lo establece el Tribunal Supremo en la Sentencia 3ª, de 14 de diciembre de 1992: «la jurisprudencia constitucional (sentencia del constitucional 4/07/1991) reconoce la identidad diferenciada del hecho nuevo en la hipótesis de la reincidencia; sólo aislando en su identidad el hecho reincidente de los anteriores, en consideración de los cuales se cualifica como reincidente, es posible eludir la vulneración del principio non bis in ídem, y en la medida en que la referida jurisprudencia rechaza que en la reincidencia se produzca esa vulneración, se está reconociendo la identidad diferenciada del hecho reincidente,» porque como añade la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1980: *«la permanencia en la infracción observada y sancionada no puede constituir una causa de impunidad que ponga a cubierto al infractor de posibles y sucesivas sanciones si no se corrigen aquellas.»*

No es común encontrar demasiadas dificultades en la práctica a la hora de identificar la identidad de hechos sancionables, no obstante no las pasaré por alto en el estudio que me atañe pese al potencial riesgo que supondría un análisis exacerbado de los hechos, pretendiendo así una disección tan compleja que pudiera incluso alejarse de los hechos

tipificados como ilícito o delito, lo cual más bien debería quedarse en debates jurídico-doctrinales.

Podré como ejemplo, siguiendo el caso de las construcciones ilegales, el supuesto en que un ciudadano no obtiene o solicita una licencia para construir en suelo no urbanizable por algún régimen de especial protección animal de la zona, y pese a ello, su disposición es tal que acaba construyendo en dicho terreno. Nos preguntaríamos ahora si estamos ante un ilícito o dos, por un lado la omisión de la solicitud pertinente y por otro la acción de construcción ilegal. Tenemos por tanto algunas posibilidades, una de ellas sería sancionar en vía penal el hecho de atacar directamente la seguridad y el régimen de protección de dicho animal en peligro, y sancionar en vía administrativa el hecho de no pedir licencia o por el contrario sancionar únicamente en vía penal, tomando la no licencia como medio para llevar a cabo dicha construcción.

Empezaría ahora un completo análisis de los hechos para la decisión de la opción correcta y ahí es donde me refiero cuando hablo del riesgo que podría suponer una exagerada interpretación y conceptualización jurídica y doctrinal.

2.3.3 Respecto al fundamento jurídico

La identidad de fundamento jurídico se refiere a la imposibilidad de concurrencia de sanciones basadas en un mismo argumento jurídico, no pueden responder a una misma naturaleza. Por el contrario, no será vulnerado en non bis in idem si dichas sanciones están basadas en distintos argumentos jurídicos; lo que ocurre cuando se sanciona, volviendo a mi ejemplo, en vía penal por poner en peligro un bien natural o animal, y en vía administrativa por construcción ilegal en suelo no urbanizable. Igual ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo, 3ª, de 21 de enero de 1990, donde se sanciona a un sujeto en vía penal por tráfico de droga, un delito contra la salud pública, y en vía administrativa se le cierra el local donde cometía dichas ventas, con el fin de prevenir futuras reincidencias.

La identidad en cuanto al fundamento jurídico es con toda probabilidad el requisito del principio que nos atañe que más dificultad presenta en la práctica así como interesantes y complejas cuestiones propone. En Jurisprudencia penal, el caso más común es el del concurso ideal, en el que una misma acción vulnera dos preceptos tipificados como delito o infracción

en estos casos no se vulnera el non bis in idem puesto que se sanciona una misma acción desde perspectivas jurídicas distintas).

La problemática podría darse cuando una misma acción es a la vez delito penal e infracción administrativa: así, la STC 2/2003, concluye que “Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física, inherente a la conducción realizada por una persona con sus facultades psicofísicas disminuidas, debido a la efectiva influencia del alcohol ingerido”.

En este, y en una gran cantidad de casos más, el Tribunal Constitucional opta por aplicar el non bis in idem al comprender que los preceptos establecidos como ilícito administrativo son absorbidos por el tipo penal. Esto ocurre en multitud de casos pero aún hay quien afirma que los valores protegidos por la norma administrativa son distintos a los del tipo penal, así y según esta doctrina, el tipo penal tiende a proteger del daño más grave que se pudiera causar al bien jurídico mientras que la norma administrativa podría contener bienes jurídicos adicionales no contemplados en la norma penal. GARCÍA DÍEZ C. (2003)

En cualquier caso, no cabe duda de que la práctica de la subsunción, es decir, absorber la norma administrativa y sancionar únicamente en vía penal, es una práctica mucho más favorable y respetuosa al non bis in idem.

3. CONFLUENCIA DE NORMAS

3.1. CONFLUENCIA DE NORMAS EN EL ÁMBITO PENAL

Dividiré esta parte del estudio en dos bloques concurso de normas y concurso de delitos.

3.1.1 Concurso de normas. Como ya he comentado anteriormente, resulta muy difícil para el legislador, tras la elaboración de los cuerpos normativos, que una misma conducta no quede tipificada en varias normas. Ante esta evidente situación, nuestro Código Penal pone solución a este tipo de conflictos en los que a aplicación conjunta de estas normas sobre un mismo sujeto, que describen una misma conducta y que protegen un mismo bien jurídico y cuya aplicación atentaría contra la prohibición del non bis in idem.

Por ello, el Código Penal establece que en los casos de concurso de normas, habrá que escoger entre uno de los siguientes principios: especialidad (el artículo especial, el que mejor

describe la acción con sus características especiales, será el aplicado), consunción (el artículo que de forma más amplia describa la acción) , alternatividad (en este caso se utilizará el tipo que castigue la acción con la pena más alta, en detrimento de los demás) o subsidiariedad (el tipo subsidiario se aplica con preferencia). Además, el artículo 67 CP establece que: *“Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.”* El Código Penal estipula que una misma circunstancia agravante no podrá tenerse en consideración dos veces, no podrá aplicarse una agravante genérica si el tipo penal específico ya la incluye; caeríamos en la prohibición del non bis in idem al cometer dicha doble consideración.

3.1.2 Concurso de delitos. A diferencia del caso anterior, ante una situación de concurso de delitos, sí que se podrán aplicar dos o más normas. Esto es debido a que ahora, una misma acción no puede ser sancionada con un solo tipo, ya que este no incluye todo el desvalor de hecho, es decir, un solo tipo no comprende toda la acción cometida, quedando un remanente sin considerar. Por ello, existe concurso de delitos cuando una misma acción es constitutiva de varios delitos a la vez (concurso ideal art. 77 CP), o cuando se cometen acciones distintas que a su vez son descritas por delitos distintos (concurso real art. 73 CP).

En estos casos, no se vulnera la prohibición del bis in idem puesto que por un lado no se da la identidad de hecho (concurso real) y por otro, el fundamento jurídico tampoco es el mismo (concurso ideal), siendo en esta situación donde más riesgo hay de vulnerar el non bis in idem, puesto que se debe identificar bien el bien jurídico protegido y combatir la duda de si podemos sancionar una acción como concurso ideal de delitos o si por el contrario vulneramos el non bis in idem.

Continuando con mis numerosos ejemplos relacionados con el medio ambiente, haré referencia la STC 91/2009 en la que ante un caso de posible concurso ideal de delitos de prevaricación medio ambiental y delito contra el medio ambiente, el Tribunal soluciona este conflicto argumentando que: *“La cuestión acerca de si la aplicación conjunta de los delitos por los que ha sido condenado el demandante configura un concurso de normas o de delitos ha recibido una amplia argumentación en la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna (...) fundando tal conclusión en que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos distintos; así, la prevaricación atentaría contra el buen funcionamiento de la Administración mientras que el delito recogido en el artículo 325 CP protegería el medio*

ambiente. Expresado en los términos propios de nuestro criterio de enjuiciamiento constitucional, la aplicación de ambos tipos delictivos se justifica en atención a que cada uno de ellos responde a un distinto fundamento, pues son diversos los intereses que cada precepto aspira a proteger. No concurriendo la triple identidad que presupone la infracción del principio non bis in idem, no podemos considerar que la Sentencia del Tribunal Supremo haya vulnerado el derecho a la legalidad penal” (fundamento jurídico 6).

3.2. CONFLUENCIA DE NORMAS PENALES Y ADMINISTRATIVOS

Al igual que en el apartado anterior, realizaré el estudio de este apartado dividiéndolo en dos categorías: concurso de normas y concurso de delitos:

3.2.1. Concurso de normas: los criterios que he mencionado en el apartado anterior, los que ponían solución a los conflictos de normas penales, no son de aplicación ahora, puesto que las normas que chocan son de distinta naturaleza; una penal y otra administrativa, no podremos usar el artículo 8 CP para los casos en que exista identidad de sujeto, fundamento o hecho.

En estos casos, la solución general consiste en la aplicación preferente de la norma penal, siempre que la acción que se pretenda sancionar sea constitutiva de delito e infracción administrativa, lo cual ha sido indicado por el Tribunal Constitucional en la STC 77 del año 1983, así como en numerosas sentencias posteriores.

Ahora que sabemos el camino a tomar en casos de concurso de normas, debemos buscar el fundamento de tal aplicación preferente. Tal fundamento no lo encontraremos en la afirmación del orden prevalente de los tribunales, puesto que una administración puede acceder a un contencioso-administrativo y no necesariamente al penal. Esta dificultad para encontrar ese fundamento real ha llevado a los juristas y profesionales del derecho a considerar otras opciones, otras vías, tales como la solución de especialidad, que considera preferente la aplicación de la norma o artículo que mejor describa la conducta realizada por el sujeto, o la vía cronológica, según la cual, debe prevalecer la norma según la cual se haya impuesto la primera sanción, sin importar si esa norma es de naturaleza penal o administrativa.

Lo más correcto, por tanto, es fundamentar esta idea de prevalencia en el atributo e ultima ratio que se le otorga al Derecho penal. Según lo ve *CID MOLINÉ, J.*: cuando las Cortes consideren que una acción, realizada por un sujeto, deba ser sancionada en vía penal, dada la magnitud de la lesión producida a un bien jurídico necesario en y para la sociedad civilizada, dicha decisión no es modificable ni recurrible salvo ara ellas mismas.

Por otro lado, la Constitución española hace una reserva penal, al establecer en el artículo 149.1.6 que las normas penales serán competencia exclusiva del Estado. Con esta reserva introduzco la idea que aporta fuerza a la prevalencia penal sobre la administrativa, ya que como he dicho el ámbito penal depende del estado, y el administrativo proviene de las comunidades autonómicas, es decir, prevalencia del estado sobre la comunidad autónoma. Si ello no fuera así, y diéramos validez a las vías que he mencionado anteriormente, esta prevalencia penal no llegaría a darse, puesto que la Amón que más prisa se diera sería la que sancionaría al sujeto (vía cronológica) y la comunidad que redactara una norma específica sobre un tipo de conducta a sancionar sería la que llevara a cabo tal sanción por el criterio de especialidad. GÓMEZ PADILLA R. (2006)

Esta imposición de prevalencia de la vía penal, implica también la prevalencia penal en otros aspectos, como es la de los hechos probados, que se considerarán en tal sentido siempre, con preferencia sobre lo que haya considerado la vía administrativa. Ello quiere decir que podría darse la situación en que el Derecho penal considere no necesario poner fin a un procedimiento judicial con una sanción, es decir, que prefiera acabar el proceso con una sentencia absolutoria. Una vez esto ocurre, se podrá sancionar al sujeto en vía administrativa, es decir, aplicar la norma administrativa de manera subsidiaria respetando lo que el tribunal penal haya considerado como hechos probados. Esta situación se da cuando el Derecho penal no considera los hechos suficientemente graves como para castigarlos en tal vía, mientras que la norma administrativa protege el mismo bien jurídico y sí lo hace acorde a la gravedad de los hechos. Con ello no se vulnera el principio non bis in idem, puesto que no existe duplicidad de sanciones.

3.2.2 Concurso de delitos: Anteriormente he hablado sobre la posibilidad de concurso de delitos en el ámbito penal, esto también puede ocurrir entre normas penales y administrativas. Para resolverlos casos de concurso real, lo más lógico es usar el anteriormente mencionad articulo 73 CP, es decir, sancionar las distintas acciones con sus penas correspondientes como autor de dos o más delitos o faltas.

Sin embargo, no se puede decir lo mismo del artículo 77 CP y su aplicación ahora en los casos de concurso ideal medial, puesto que la norma ahora es sancionar la acción como delito en vía penal, y el ilícito administrativo en vía administrativa como el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 94/1986, de 8 de julio declaró, al afirmar que no quebrantaríamos el non bis idem al sancionar en vía penal un quebrantamiento de condena y en vía administrativa privar de beneficios penitenciarios, puesto que ambas sanciones no se sustentan en el mismo bien protegido o fundamento jurídico.

Cabe comentar que el artículo 5.2 del RD 1398/1993 4 de agosto, en el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se establecen pautas y medios para graduar y compensar sanciones, y aunque van dirigidas a los concursos entre normas administrativas, podrían ser dichas pautas utilizadas de manera análoga en estos casos, evitando así una desproporción en la pena, que podría darse al sancionar una misma acción en vías distintas y, al fin y al cabo, eso es lo que pretende evitar el art. 77 CP, y siendo siempre la sanción que se debiera graduar o compensar la administrativa. Con ello se respetaría el principio non bis in ídem, así como la prevalencia penal sobre la administrativa.

3.3. CONFLUENCIA DE NORMAS SANCIONADORAS ADMINISTRATIVAS E ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS

En este apartado volveré a dividir mi estudio en dos apartados, concurso de normas y de delitos, en los cuales realizaré un análisis y estudio de sus aspectos problemáticos.

A) Concurso de normas: Cuando nos encontrábamos en un caso de confluencia de normas penales y administrativas, sabíamos que el artículo 8 CP nos iba a proporcionar soluciones a tal conflicto, pero ese artículo no es de aplicación entre normas de naturaleza administrativa, y no cabe duda, como bien claro deja la Ley 30/1992 en su artículo 133: *“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”*; el non bis in ídem opera entre normas de naturaleza administrativa pero ahí queda, sin precisar qué norma debería aplicarse.

Debemos por tanto buscar soluciones a este conflicto entre normas de la misma naturaleza. Según el profesor CANO, “cuando ambas normas son administrativas, las leyes sectoriales suelen prever la aplicación de la que establece una sanción más grave”, aunque en

la realidad, esto no se ha implementado en los distintos ámbitos de operación de las Administraciones.

Por otro lado, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en su artículo 5 habla de concurrencia de sanciones, y establece que: *“1. El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento”*. De esta manera, parece establecer un criterio cronológico al prever que no será de aplicación una norma sobre un sujeto que haya sido sancionado por otra que describa la misma acción.

La realidad es que no hay una norma común que especifique el método de identificación de la norma a aplicar en caso de conflicto, no obstante, una norma autonómica, la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco, sí que aborda este problema. Así, en su artículo 16.1 establece que: *“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos tipificadores de infracciones, ya sean de la misma o diferentes normas sancionadoras sectoriales, se sancionarán observando las siguientes reglas:*

- a) El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- b) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
- c) El precepto más amplio o complejo absorberá a los que sancionen las infracciones consumidas en él.*
- d) En defecto de los criterios anteriores, el precepto que tipifique la infracción penada con sanción más grave excluirá a los que tipifiquen infracciones penadas con sanción menor.”*

Como se puede ver a simple vista, coinciden exactamente con lo recogido en el artículo 8 CP, aplicando dicho precepto de manera análoga en el ámbito administrativo,

utilizando los criterios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. No obstante, en sintonía con la opinión de los profesores M. Pardo y E. Rubio, no podemos ignorar que la derivación de supuestos pensados para el ámbito penal al administrativo, puede generar problemas. En concreto se refieren al criterio de la alternatividad, ya que en el ámbito penal, el artículo 33 CP establece una clasificación de sanciones y obliga al órgano judicial a aplicar la que concurra en cada caso, esto no ocurre de igual manera en el ámbito administrativo, donde pese a que también se da una clasificación de ilícitos administrativos, la ley permite que el aplicador del caso, pueda elegir qué sanción aplicar.

Esto nos puede llevar a un alto riesgo de desproporcionalidad y discrecionalidad, que puede originar la arbitrariedad.

B) Concurso de ilícitos. Comenzaré recordando que el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de octubre de 1981 (RJ 1981\3894) señala que *“la regla general es de que cada acción constituye un solo delito y las excepciones se vienen a construir a través del llamado concurso ideal, de delito continuado, del permanente y el habitual, surgiendo respectivamente cuando de un solo hecho afloran dos o más figuras del delito, cuando diversas conductas debido a su conexión homogénea tanto en la tipificación como en la culpabilidad y no rechazo por la antijuridicidad material integran un solo delito, cuando se prolonga la situación antijurídica creada, o cuando la repetición de actos viene a ser elemento integrante del delito”*

La regla del ámbito penal es que en caso de múltiples infracciones, se impondrán las sanciones que sean acordes a cada una de esas acciones ilícitas, es norma es la que también se usa en el ámbito administrativo.

Los problemas que podemos encontrar en este ámbito, son los relacionados con la heterogeneidad de los preceptos administrativos. En el ámbito penal, podemos encontrarnos ante concurso de delitos, diversas normas para aplicar a un sujeto, pero todas ellas serán aplicadas un mismo juez o tribunal, el penal. Esto no ocurre en el ámbito administrativo, donde ante la diversidad de administraciones que existen, pueden ser distintas las que tramiten y lleven el proceso sancionador de un sujeto, y eso hace que no se pueda aplicar la reducción prevista para los casos de concurso ideal.

Por otro lado, y en cuanto al delito continuado, Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (Vigente hasta el 02 de Octubre de 2016) establece que: *“No se podrán iniciar*

nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.”

De ese modo, obtenemos que se utilizará la figura del delito continuado en el ámbito administrativo cuando se den ciertos requisitos, que GARBERÍ LLOBREGAT resume en los siguientes:

- **Identidad subjetiva:** es necesario que sea el mismo sujeto el presuntamente responsable de las acciones que se pretenden sancionar y, además, el ofendido en las acciones que conforman el ilícito continuado, debe ser el mismo sujeto pasivo.
- **Pluralidad fáctica:** al igual que en el concurso real, deben darse diversas acciones u omisiones varios ilícitos administrativos, nunca una sola, para poder aplicar la norma del delito continuado.
- **Proximidad temporal y espacial:** la misma norma especifica que el sujeto debe aprovecharse de una misma ocasión, una cercanía temporal que permita considerar dichas acciones como un bloque único.
- **Dolo:** es necesario que las diversas acciones que conforman el delito continuado se hayan realizado de forma dolosa individualizadamente.
- **Identidad de bien lesionado:** se requiere que las diversas acciones vulneren un mismo precepto administrativo o al menos, que los vulnerados sean semejantes entre sí.

En cuanto a la problemática de la infracción continuada en el ámbito administrativo, podría mencionarse el hecho de la prescripción, que como PALMA DEL TESO expone, se debe considerar todo el bloque de infracciones como una sola, prohibiéndose su individualización y por tanto su prescripción individualizada, siendo a partir de la última infracción cuando comienza el plazo de prescripción (SSTS 9-3-1995 [1995\1933]). En cuanto a aplicación de la sanción, se debe aplicar la norma del artículo 74 CP.

El concurso real no presenta mayor problema, ya que en el ámbito administrativo la norma es aplicar las sanciones correspondientes a cada acción ilícita, al igual que en el derecho penal.

4. CAPACIDAD DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA EXISTENCIA DE TRIPLE IDENTIDAD ESTABLECIDA POR EL NON BIS IN IDEM.

En este punto hablaré sobre la problemática que pudiera configurar la identidad del Tribunal capacitado para realizar el juicio sobre la existencia de una vulneración de la prohibición del bis in idem.

Históricamente, el Tribunal Constitucional había optado por no revisar la opinión del Tribunal de instancia que llevara el caso, puesto que entendía, que tal revisión se hallaba fuera de sus límites competenciales, no debía revisar o corregir la valoración que había realizado un Tribunal Ordinario.

Posteriormente, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 2/2003, se formula un cambio en el proceder, a raíz de las siguientes palabras: *“Ahora bien, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales o 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, han de ser realizados por este Tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo”*. El Tribunal habla el non bis in idem como un derecho fundamental y lo somete a su amparo, entendiendo que una vulneración de tal principio realizada por otro Tribunal no debe pasarse por alto. En la misma Sentencia, continua el Alto Tribunal afirmando que: *“este Tribunal en sus Sentencias 177/1999, de 11 de octubre (FJ 2), y 152/2001, de 2 de julio (FJ 2), ha sostenido que la declaración efectuada por los órganos judiciales penales relativa a la existencia de la triple identidad, de hechos, sujetos y fundamentos, no puede ser cuestionada por este Tribunal y constituye el obligado punto de partida.”* Entiende el Tribunal Constitucional que el hecho de que otras Sentencias anteriores aborden dicha revisión establece de forma obligatoria un punto de partida, un nuevo hacer, que consistirá en la

revisión, dentro de los límites del amparo constitucional, de la existencia o no de triple identidad como requisito que fundamenta el non bis in idem.

No obstante, hay parte de la doctrina que no considera correcta tal revisión. Es el caso del Magistrado García Manzano (2003), que se apoya en el artículo 117.3 de la propia Constitución española, para afirmar que la norma madre obliga a que sean los tribunales y jueces de lo penal los encargados de valorar y clasificar las acciones constitutivas de delitos y por tanto de establecer si existe identidad o no. Según los partidarios de esta doctrina, no es tarea del Tribunal Constitucional volver a realizar tal valoración, lo cual vendría a contrariar lo establecido en el precepto anteriormente mencionado.

5. VERTIENTE PROCESAL DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

5.1 CONTENIDO DE LA VERTIENTE PROCESAL DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

En este apartado hablaré sobre la vertiente procesal del principio que me atañe, intentando no pasar por alto las diferentes posturas que la doctrina ha decidido apoyar, ya que para una parte de ella, el principio non bis in idem opera en la vertiente procesal a través de la prevalencia de la vía penal, así como en la sumisión de la Administración Pública a los hechos que el Tribunal penal considere probados. Para el otro sector de la doctrina, el principio non bis in idem es mucho más complejo y amplio de modo que el non bis in idem tendrá relevancia durante el proceso, no simplemente sometiendo la jurisdicción ordinaria a la penal, sino estableciendo límites intrínsecos en el proceso.

La primera opción, la que considera que el principio simplemente debería operar evitando un doble procedimiento o sanción se haya respaldada por Sentencias muy tempranas, como la *STC de 30-01-1981*, que establece que la que la “Constitución Española, suprema rectora del ordenamiento jurídico, no sanciona favorablemente el principio de derecho non bis in idem, sino que, antes al contrario, el respaldo por el ordenamiento constitucional es el principio de Derecho non bis in idem, el cual no permite, por unos mismos hechos, duplicar o multiplicar la sanción sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, caso

que es el autos, puesto que la Hacienda pública ya impuso al presunto infractor una sanción pecuniaria". además, el magistrado Pablo García Manzano (2003), en voto particular a la Sentencia al recurso de amparo STC 2/2003, considera que el non bis in idem opera de dos maneras: por un lado, cuando una administración inicie un procedimiento contra un sujeto y en el análisis de los hechos esta crea que podría haber indicios de delito, deberá remitirse a la jurisdicción penal para que continúe con el procedimiento, y por otro lado, considera el magistrado, el principio operará cuando un procedimiento penal concluya con sentencia absolutoria, lo cual obliga a la administración en caso de continuar con el proceso a respetar los hechos que el tribunal penal haya considerado probados.

Para el otro sector de la doctrina, el principio non bis in idem opera evidentemente en los apartados anteriores y además, de manera secundaria, durante todo el procedimiento e incluso a la hora de redacción de normas, ya que el art. 8 CP, al establecer vías para la solución de conflictos de normas, lo que está haciendo es evitar una vulneración de la prohibición del bis in idem, lo cual le hace estar presente en cualquier procedimiento. Así, el ponente DELGADO GARCÍA, alaba este artículo al considerar por un lado que está ubicado en el lugar correcto, distanciando los concursos de normas y de leyes, y por otro lado, considerando que al fin se establece solución a los conflictos entre normas penales especiales y los tipos del CP, evitando de manera indirecta una vulneración del non bis in idem.

5.2 TRAMITACIÓN SIMULTÁNEA O SUCESIVA DE DOS PROCESOS PENALES

Tras el análisis realizado al non bis in idem, queda claro que su principal función es la de evitar una doble sanción o juicio a la misma persona por los mismo hechos. El principio, ya asentado en nuestro ordenamiento, se apoya en ciertas herramientas para hacer valer su sentido. Me refiero a las normas que previenen y evitan un doble proceso: por un lado la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 51 y 52 establece unas normas de competencia, que resuelven en caso de duda el Tribunal que deba conocer del asunto, evitando que el proceso acabe comenzando en dos tribunales distintos, y por otro lado, la excepción de cosa juzgada. Esta excepción, reflejada en el art. 666.2 LECrim consiste en la idea de haber dado respuesta mediante sentencia firme, cumpliendo con el derecho a una tutela judicial efectiva, de cualquier litigio, es decir, una vez un procedimiento ha acabado con sentencia firme, estos hechos se considerarán juzgados, y ello imposibilitará un nuevo juicio por esos mismos hechos. Únicamente podría volverse a revisar tal cosa juzgada en los llamados recursos

especiales de revisión, que se llevarán a cabo nunca en contra del reo, no produciendo nunca efectos negativos en el sujeto juzgado, lo cual se hace para dar mayor garantía judicial al enjuiciable.

Imaginemos por un momento que fuera práctica común el poder sancionar a un sujeto por unos mismos hechos en repetidas ocasiones. Ello crearía inseguridad jurídica grave, evitando que el sujeto pudiera considerarse juzgado y condenado, puesto que en cualquier momento podría volver a abrirse un procedimiento por los mismos hechos. Es desde luego una situación a evitar.

Hay Jurisprudencia al respecto, del Tribunal Constitucional, en la STC 159/1987 en la que se afirma que: *“semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisble reiteración en el ejercicio del ‘ius puniendi’ del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado”*

Puede afirmarse que no es posible la tramitación simultánea de dos procedimientos penales por los mismos hechos a una misma persona, incluso cuando esos hechos pudieran dañar bienes jurídicos distintos. No es necesario que exista identidad de fundamento jurídico para evitar un doble proceso, ya que según el art. 733 LECrim, y en relación con el principio acusatorio, serán las partes, el fiscal y la acusación, los que realicen una interpretación de los hechos y el tribunal, condicionado por esa interpretación, decidirá. No obstante, se le permite al juez en caso de vislumbrar un error el advertir para que las partes modifiquen su acusación, en consonancia a los hechos, y así el sujeto pueda ser juzgado y no absuelto por una mala interpretación. Una vez vista la acusación, el tribunal establecerá una calificación jurídica de los hechos, que una vez hecha, no podrá ser cambiada en adelante en un procedimiento de revisión o recurso, ya que estos se considerarían ya juzgados.

5.3 TRAMITACIÓN SIMULTÁNEA O SUCESIVA DE UN PROCESO PENAL Y UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: LA PREVALENCIA DE LA VÍA PENAL.

En esta parte el estudio sobre en non bis ídem me centraré en lo correspondiente a la tramitación simultánea de un proceso penal y otro administrativo.

Comenzaré el estudio reiterando la prohibición de tramitar estos dos procesos de forma simultánea, los dos no pueden ocurrirse al mismo tiempo. Como he dicho anteriormente, debe darse prevalencia a la vía penal sobre la administrativa, debiendo tramitarse el procedimiento penal con carácter previo al administrativo para hacer efectiva esa prevalencia.

A tal efecto, sabemos que la Ley nos comanda llegado el caso, a subordinar la jurisdicción administrativa a la penal, ello viene reflejado en Real Decreto 1398/1993, actualmente vigente, en el que se aprueba el Reglamento de ejercicio de la potestad sancionadora, que en un artículo 7.1 establece que si durante un procedimiento administrativo se llegara a producir algún indicio de supuesto delito, las actuaciones se transmitirán a la jurisdicción penal, previa comunicación al Ministerio Fiscal, para su análisis. Añade, el art. 7.2 del mismo reglamento, que si finalmente la jurisdicción penal considerara que existe delito, el proceso administrativo se paralizaría, continuándose en vía penal. Finalmente, el proceso administrativo podría continuarse una vez haya sentencia penal firme, acatando lo que haya considerado hechos probados (art.7.3 de mismo reglamento), para imponer una sanción de naturaleza administrativa al sujeto, siempre y cuando se motive en otro fundamento jurídico.

A priori, esta cuestión parece sencilla, pero como vengo haciendo a lo largo de mi estudio, me centraré en la problemática que pudiera darse de un lado, debemos analizar la posición del sujeto pasivo, el justiciable, qué puede o qué no puede hacer ante la situación de verse envuelto en dos procedimientos simultáneos, y de otro lado, la posibilidad de la Administración de establecer medidas cautelares durante la suspensión de su proceso.

En cuanto a los derechos del sujeto pasivo, éste puede en cuanto se dé cuenta de ello, comunicar a la administración su deber de paralizar el procedimiento si se encuentra siendo procesado en un juicio penal por los mismos hechos, haciendo valer la prevalencia penal. En el caso de que la Administración desoyera su petición o no la considerase oportuna, el sujeto podría acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para revisar tal decisión (art. 107.1 Ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas). Cabe decir, que una omisión del deber de suspensión por parte de la Administración y posteriormente confirmada por la jurisdicción Contencioso-administrativa, daría lugar a la apertura de la vía constitucional, por medio del recurso de amparo, por lesión de los derechos fundamentales de los artículos 24 y 25 CE, sobre la tutela judicial efectiva.

No obstante, en algunos sectores sí que se permite la simultaneidad de procesos, digamos que en consideración de que el non bis in ídem se vulnera únicamente si hay dos sanciones, y no si hay dos procedimientos. Es para muchos autores algo que roa la locura puesto que como es sabido, la valoración de los hechos realizada por la jurisdicción penal condiciona a la administrativo, y si finalmente esta valoración es contraria a la realizada en el proceso administrativo, dicho proceso no habría servido para nada y lo que en principio se realizaría en base quizá al criterio o principio de economía procesal, ahorrar tiempo, podría acabar siendo totalmente lo contrario, se habría realizado un procedimiento del que no se obtendría nada.

En cuanto a la posibilidad de la administración de establecer medidas cautelares, tampoco es una cuestión simple, puesto que el mandato del art. 136 de la Ley 30/1992 las hace posibles, pero sometidas a un criterio de proporcionalidad. Estas medidas pueden ser altamente recomendables para asegurar la eficacia del fin que se pretende con la sanción administrativa o para evitar daños inminentes a personas o bienes materiales o jurídicos (es el ejemplo de la paralización de obras que puedan considerarse ilegales). Estas medidas cautelares no lesionan el non bis in ídem puesto que deben basarse en la razón, en la previsibilidad obvia de un futuro resultado que permita la sanción administrativa debiendo esperar al trámite penal.

Cambiando de supuesto, ahora realizaré un análisis sobre la tramitación de un procedimiento administrativo con posterioridad a uno penal.

Como he dicho anteriormente, el artículo 7.3 de la LJAP afirma que: *“En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.”* Abriendo la puerta a procedimientos administrativos posteriores al penal.

No podrá continuarse o iniciarse un procedimiento administrativo sancionador una vez se ha respetado la prioridad penal y tal jurisdicción acaba sancionando al sujeto tras haber calificado los hechos como delito, o haber considerado que el sujeto procesado no tuvo relación en tales acontecimientos. Sí que podrá continuarse el procedimiento cuando el penal haya acabado con sentencia firme, en la que se considere que los hechos no son constitutivos de delito pero sí de ilícito administrativo, y que el sujeto realmente es responsable de ellos.

Esto no vulneraría el non bis in ídem puesto que el sujeto no ha sido sancionado en vía penal, y no podría ser ya sancionado dos veces. En cuanto al doble procedimiento, no

supondría tampoco una lesión, puesto que algo necesario para la correcta tutela judicial efectiva. Es decir, la jurisdicción tiene prevalencia, sí, pero ello no significa que tenga potestad de comprobar si los hechos suponen un ilícito administrativo, eso es competencia de la Admón., lo cual hace necesario que la jurisdicción penal examine si existe delito o no, y la jurisdicción administrativa la existencia o no de algún ilícito.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 admite el hecho de la tramitación sucesiva de un procedimiento administrativo al afirmar que “a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite *una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normas diferentes*” excepto en lo que al análisis de los hechos se refiere, puesto que lo que cierto para el juez penal, debe serlo también para el administrativo.

Sabemos que el derecho penal sanciona al sujeto frente a las ofensas más graves que se pudieran cometer sobre un bien jurídico, y ese requisito e gravedad puede no darse en los hechos, y que esos hechos si sea considerados ilícito por parte de la administración, que solo exija culpa en ellos para sancionar, ahí reside la naturaleza de la tramitación sucesiva del procedimiento administrativo.

De hecho, en la sentencia STC 2/2003, el TC afirma que tal Tribunal siempre ha considerado un derecho con autonomía propia el hecho de no ser sometido a un doble proceso siempre y cuando los dos sean de naturaleza penal, y por los mismo hechos, y afirmando que la coexistencia de un proceso penal y otro administrativo no sería ilegal, siempre que no acaben los dos en sanción.

En mi opinión, para quitar hierro al asunto, el tribunal Constitucional se pronunció respecto al hecho de la gravedad del doble enjuiciamiento y el perjuicio que pudiera someter al sujeto y dijo en su STC 2/2003 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 procedimiento sancionador*”. Respecto a dicha afirmación, Lucía Alarcón Sotomayor, Derecho Administrativo Sancionador, pág. 419, hace una crítica a dicha expresión, haciendo referencia a que ni siquiera especifica qué procedimientos penales son más complejos que los administrativos, ya

que un juicio de faltas es desde luego mucho más simple que muchos sancionadores administrativos.

5.4 TRAMITACIÓN SIMULTÁNEA O SUCESIVA DE DOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

Si la STC 2/2003 afirmaba la ilegalidad de dos procedimientos penales simultáneos, lo mismo se puede decir de los administrativos. Es contraria al principio non bis in ídem la tramitación de dos procedimientos administrativos de carácter sancionador. Obvia tal regla puesto que podría ocurrir que dos tribunales lleven el mismo caso y acaben contradiciéndose en la valoración y sanción, un auténtico despropósito contrario al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Para evitar dicha situación, la Ley establece unas medidas para identificar el órgano competente que deba conocer del caso, estas medidas las encontramos en el art.20 de la Ley 30/1992, que obliga al Órgano que considere que un caso no es de su competencia, acudir al que considere competente, siempre que se encuentre en la misma administración y no exista una posición de jerarquía entre ambos. La administración debe buscar coordinación entre sus órganos a fin de realizar un correcto procedimiento, en el que sí es consciente de que ya se ha iniciado uno por unos hechos, no se inicie de nuevo en otro órgano. No obstante, la incompleta regulación acerca de los concursos de normas e infracciones administrativas relacionados con los procedimientos administrativos sancionadores sigue siendo un problema, que dificulta la coordinación necesaria para evitar dichas situaciones.

Por otro lado, en cuanto a la tramitación sucesiva, la situación en que se inicie un procedimiento administrativo una vez haya concluido el anterior, y en base a los mismos hechos, podría ser contrario al non bis in ídem o podría no serlo. En el ámbito administrativo, cuando un procedimiento acaba con resolución firme, adquiere la categoría de cosa juzgada, cerrando la puerta a posteriores procedimientos que pretendan un nuevo análisis de los mismos hechos.

No obstante, de acuerdo con la idea de R. Alfonso (2010), la doctrina analiza un interesante caso: el poder iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra un

mismo sujeto, dándose la triple identidad que fundamenta el non bis in ídem, el cual fue sometido a un procedimiento el cual caducó.

El artículo 20.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (Vigente hasta el 02 de Octubre de 2016), afirma que: *“Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”*. Una parte de la doctrina se muestra a favor de la idea de iniciar un nuevo procedimiento puesto que aunque el primero haya caducado, no se puede decir lo mismo en cuanto a la prescripción de la acción: si esta no ha prescrito, puede iniciarse un nuevo procedimiento y cierto es, que el art. 92 de la Ley 30/1992, indica que la caducidad del procedimiento no implica la prescripción de la acción ((GARBERÍ LLOBREGAT, (1998))

No obstante, el estudio que a mí me atañe es el relacionado con el principio non bis in ídem, y aunque la idea anterior sea la mayoritariamente apoyada por la doctrina, hablaré de los pocos autores y juristas que consideran dicha práctica un ofensa al non bis in ídem.

Estos autores, como es el caso de CABALLERO SÁNCHEZ (1999) y LÓPEZ PELLICER (1999) se apoyan en el Derecho Civil, en el cual los procesos caducados no pueden volver a iniciarse. Parte de la idea de que el Estado o la Administración han tenido la oportunidad de sancionar al sujeto y no la han hecho efectiva por inactividad propia y el hecho de volver a iniciar un procedimiento podría generar inseguridad jurídica al sujeto pasivo, que necesitaría dejar de sentirse procesado, que no ocurre bajo la idea de que un procedimiento caduco puede volver a iniciarse en cualquier momento. Esta es una opinión minoritaria, que de hecho no es muy apoyada porque en Derecho Penal no se aplica esa regla del Derecho Civil, siendo comparables los principios sancionadores del derecho administrativo y penal.

Otro argumento a favor de prohibir el inicio de un nuevo procedimiento administrativo tras la caducidad de uno anterior, es el expuesto por LOPEZ PELLIER, el cual apoyo personalmente, y que se basa en la idea de que la prescripción de un procedimiento, en que se estudiará si sancionar o no a un sujeto por unos hechos, se debe considerar como un acto administrativo favorable, puesto que la inactividad, al igual que la actividad, produce efectos,

en este caso favorables al sujeto pasivo, y como viene implícito en el art. 105.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tales actos administrativos favorables están protegidos por el principio de irrevocabilidad, lo cual haría imposible un proceso posterior, que contrariase tal acto favorable.

6. CONCLUSIONES

Finaliza aquí mi estudio sobre el principio non bis in idem, un estudio en el que he procurado centrarme en las cuestiones problemáticas que cada apartado pudiera suscitar y en el que he aprendido que este principio, asentado tiempo ha, aún sufre de elementos sin concretar, puntos sin especificar, y ciertas problemáticas que parece no acabarán.

El non bis in idem es un principio amplio, que se ha visto expandido desde la idea primigenia de la prohibición de sancionar dos veces por lo mismo a ideas más modernas, orientadas a la conveniencia o no de iniciar procedimientos que hubieran caducado, configurándose como un argumento para los juristas.

He podido observar, y todo lector de mi trabajo también podrá hacerlo, que las sentencias que menciono están datadas en fechas muy cercanas, finales de los 90 y primera década del 2000, lo cual parece indicar un empeño del Tribunal Constitucional de al fin intentar delimitar lo que el principio supone, su contenido, limitaciones, significado y propósito.

Por mucho que nuestro mayor y mejor intérprete de la Constitución ha intentado vaciar de dudas la prohibición del bis in idem, muchas nuevas han surgido, y parece un ciclo de nunca acabar, al igual que ocurre con muchos conceptos del Derecho: los tiempos cambian y avanzan, la ideología también, y con ello nuestra visión de lo que debe o no debe ser este principio. Ni siquiera el Tribunal Constitucional ha conseguido poner de acuerdo, no ya a la doctrina, sino a sus propios componentes, dada la normalidad con la que encontramos votos particulares de ponentes en las sentencias, mostrando su opinión contraria a lo que finalmente la sentencia expone.

No sé muy bien si la solución podría consistir en una legislación efectiva relacionada con tal principio, aunque quizá eso supondría una traba y un cierre de puertas a nuevas ideas e

interpretaciones, que según he estudiado, son muy reales. No creo que pueda afirmarse en cuanto al non bis in idem que su significado sea uno y nada más, como he dicho se expande, llevándolo a debates sobre caducidad de procedimientos, en los que los autores se encuentran posicionados de manera opuesta y donde desde luego, una legislación que asentara una u otra posición, no agradaría a todo el mundo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ V. (1999): Prescripción y caducidad en el ejercicio de las potestades administrativas, Generalidad de Cataluña y Edit. Marcial Pons, Barcelona

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2010): Derecho Administrativo Sancionador, Lex Nova, pags. 416-422.

CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (1999): «Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en el Derecho Administrativo», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 55 (1999). CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael: Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo, Edit. McGraw Hill, Madrid.

CID MOLINÉ, J. (1996), “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, Revista de Administración Pública, núm. 140, mayo-agosto 1996, págs. 131-174, pág 165.

CUERDA RIEZL A. (1990), El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990 pag. 844

DE MIGUEL C, Y ASTARLOA E. (1997) LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM» Y EL CONCURSO DE DELITOS EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/895/documento/nonbis.pdf?id=1997>

E. GIMBERNAT (1999), Ensayos penales, Madrid, Tecnos, pág. 419

GARBERÍ LLOBREGAT, José (1998): El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993), Edit. Tirant lo blanch, Valencia

GARCÍA DÍEZ C. (2003) Comentario a la Sentencia de Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero (Pleno). Ponente: María Emilia Casas Baamonde. Asunto: recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal de El Ferrol de 29 de junio de 1999 y contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 20 de enero de 2000, por una posible violación del principio “ne bis in idem”. Disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/jurisprudencia_constitucional/2003_ST_C2_Claudio.pdf

GARCÍA MANZANO, P. (2003): Voto particular que suscribe el Magistrado don Pablo García Manzano a la STC 2/2003. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4777>

GÓMEZ PADILLA R. (2006): Concurso de normas y de infracciones en el Derecho administrativo sancionador. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2242569>

JUNTA DE ANDALUCÍA: Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin38/Articulos_38/concurrencia%20de%20sanciones.pdf

L. ARROYO ZAPATERO (1983), Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 8, pág. 19

LÓPEZ PELLICER, José Antonio: «La caducidad del procedimiento administrativo sancionador: ¿puede reabrirse y tramitarse otro si la infracción no ha prescrito?», Actualidad Administrativa, núm. 42 (15 a 21 de noviembre de 1999).

M. REBOLLO PUIG (1989), Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, Madrid, MAP,

RUIZ CERNADES D. (1999): EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista009/non%20bis%20in%20idem.htm>

SEGRELLES DE ARENAZA, I: Non bis in idem: revisión de un derecho fundamental descafeinado. Disponible en: <http://www.economistjurist.es/articulo-derecho-civil-penal-mercantil-laboral-fiscal-procesal-publico-privado-administrativo-internacional/non-bis-in-idem-revision-de-un-derecho-fundamental-descafeinado/>

Tomas cano campos, 2001, NON BIS IN ÍDEM, PREVALENCIA DE LA VIA PENAL Y TEORÍA DE LOS CONCURSOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PAG. 204