

JURISPRUDENCIA

Comentarios monográficos

**Notas de jurisprudencia
contencioso-administrativa**

LAS APORÍAS DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR¹

JOSÉ IGNACIO CUBERO MARCOS
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Cómo citar/Citation

Cubero Marcos, J. I. (2018).

Las aporías del principio *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador.

Revista de Administración Pública, 207, 253-288.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.09>

Resumen

Este trabajo tiene como principal objetivo mostrar las lagunas, aporías o soluciones imposibles que presenta en la actualidad el principio *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador. A la vacilante jurisprudencia, tanto en el ámbito interno como internacional, se ha añadido la creciente aprobación de normas sancionadoras que abarcan materias comunes, lo que invita a la duplicidad de castigos o enjuiciamientos y, lo que es peor, a provocar a las personas incertidumbre y merma de sus garantías procesales. Al no establecerse unos criterios uniformes, el principio *non bis in ídem* parece haber encallado sin que aparentemente encuentre un rumbo o una solución. En este trabajo se exponen algunas propuestas de solución que, desde un principio, tratan de prevenir y evitar conflictos que afectan a los derechos fundamentales de las personas.

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de grupos consolidados de investigación del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco «Derecho Administrativo, Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y Derechos Humanos» (referencia IT 1156-16).

Palabras clave

Non bis in ídem; sanciones; concurso de infracciones; infracciones; bien jurídico; procedimiento.

Abstract

The aim of this work is to show the legal gaps, illogicality or impossible solutions referred to the “non bis in ídem” principle when applying the administrative offence Law currently. Hesitant jurisprudence, both regarding the internal and the international Law, and ruling sanctions progressively concerning common issues, prompt the duplicity of punishes and procedures addressed to determine responsibilities and, what is the worst, they create uncertainty and restrictions on people’s procedural guarantees. As legislator do not set common criteria, the “non bis in ídem” principle seems to have stuck without finding any route or solution. This works contains some proposals of solution intending to prevent and avoid conflicts that concern the people’s fundamental rights.

Keywords

Non bis in ídem; sanctions; concurrent offences; offences; legal asset; procedure.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* COMO UNA APORÍA. III. ALGUNOS ASPECTOS MATERIALES CONTROVERTIDOS: APORÍAS EN EL *ÍDEM*: 1. Los sujetos, en especial, la distinción entre personas físicas y jurídicas. 2. El fundamento jurídico de la infracción: la necesaria mejora en la labor de tipificación. 3. ¿Se consideran los hechos como un todo o es necesario definir la causalidad en la comisión de la infracción? IV. LAS APORÍAS EN LA VERTIENTE ADJETIVA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM*: 1. La prejudicialidad penal como un *prius*: ¿quid la jurisdicción contencioso-administrativa?: 1.1. Los criterios del TEDH y su traslado al derecho interno. 1.2. Análisis de supuestos. 2. La duplicidad de procedimientos y sanciones administrativas. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La aporía se define en el *Diccionario* de la RAE como el «enunciado que expresa o que contiene una inviabilidad de orden racional». Es un argumento reducido al absurdo o un callejón sin salida. En esto se ha convertido el principio *non bis in ídem* que ha sufrido algunas modulaciones, probablemente más fruto de la casuística que de la construcción de una teoría consistente para el aplicador del derecho. La razón por la que se ha planteado este título estriba en la ausencia de plena certeza en torno al alcance de este principio, en qué supuestos puede invocarse y cómo pueden determinarse sus efectos en el derecho administrativo sancionador. Si bien parecía acoger buena parte de la doctrina penal, centrándose en la identidad de hechos y de sujetos y afinando el grado de responsabilidad de acuerdo con el principio de proporcionalidad, el TEDH ha trastocado algo esta teoría y se ha mostrado más proclive a perfilar el fundamento jurídico de la infracción, más allá de que no subsista duda alguna en torno a la identidad de los elementos subjetivos y fácticos.

Puede afirmarse, no sin poderosas razones que avalen el argumento, que en el fondo depende de la controversia suscitada en cada momento y que no puede generalizarse en torno a los bienes jurídicos que tratan de protegerse por la norma sancionadora. Sin embargo, tampoco puede ignorarse que la labor de tipificación puede contribuir a despejar dudas, a veces irresolubles,

acerca del fundamento jurídico de la infracción y que esa labor le corresponde al legislador más que a los jueces y tribunales. Evitar procesos costosos, la pena de banquillo y la espada de Damocles que pende sobre una persona que presuntamente ha cometido ilícitos requiere una intervención de la ley. De lo contrario, los órganos administrativos y la jurisdicción disponen de un margen de apreciación que en muchos casos conlleva una considerable merma de las garantías del justiciable o directamente la vulneración de la legalidad. El acervo en la aplicación del principio *non bis in ídem* ha demostrado que la persona presuntamente responsable debe emprender un peregrinaje judicial y administrativo que no se aviene, no ya al principio de legalidad, sino al mismo núcleo de la efectividad de la justicia.

En este trabajo se ha profundizado en varios aspectos que respaldan la tesis de la aporía. Aparece ya en la misma concepción y naturaleza del principio *non bis in ídem*, alejado de la proporcionalidad en sentido concreto, y que pone en tela de juicio de algún modo la manida prevalencia de la vía penal. A continuación, se abordan algunos problemas vinculados con el *ídem*, es decir, con la identidad de los sujetos, los hechos y el fundamento jurídico. Se ponen de manifiesto contradicciones y juicios de apreciación en torno a qué se considera autoría o si la conexión entre los hechos influye para determinar la misma identidad. Como se ha mencionado anteriormente, se destaca la necesidad de precisar los tipos para configurar los bienes jurídicos objeto de protección. Por último, más vinculada la vertiente procesal del principio (el *bis*), se ha relativizado la prevalencia del orden penal en situaciones en que la jurisdicción contencioso-administrativa resuelve las controversias, a lo que se ha añadido una detallada doctrina del TEDH que no puede soslayarse.

II. EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* COMO UNA APORÍA

El principio *non bis in ídem* se concibe como la prohibición de una sanción o un doble enjuiciamiento, por la comisión de los mismos hechos tipificados por infracciones que, aunque puedan ser distintas, albergan el mismo fundamento jurídico y se perpetran por idénticos sujetos². En el plano teórico

² F. J. León Villalba (1998), *Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas. Sentido y Alcance del Principio *ne bis in ídem**, Barcelona: Bosch. A. Muñoz Quiroga (1985), «El principio “non bis in ídem”», *REDA*, 45, págs. 133-138. R. M. García Albero (1995), *Non bis in ídem material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona: Cedecs. I. Lasagabaster Herrarte (2006), «Art. 18. Non bis in ídem», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario Sistemático*, Bilbao: Lete/IVAP.

el sentido de este concepto no alberga demasiadas dificultades. No obstante, de su aplicación se desprenden algunas contradicciones que cuestionan su lógica y diluyen su propia naturaleza en categorías y derechos de diversa consideración, como el de proporcionalidad, el concurso de normas o la misma tutela judicial efectiva³.

En algunos casos, el principio *non bis in ídem* se enfrenta a un sistema jurídico en el que conviven la Administración, la jurisdicción que fiscaliza su actuación, la vía penal o la laboral. Así, la concreción del fundamento jurídico de la infracción, la precisión de los hechos o la consideración del sujeto son aspectos que pueden ser interpretados o calificados desde diferentes perspectivas y por órganos distintos, lo que puede convertir la identidad de todos aquellos elementos en una entelequia o en algo indescifrable *a priori* para el operador jurídico. A continuación, se exponen algunas manifestaciones de esta tesis, partiendo de los aspectos más generales que fundamentan este principio, como la proporcionalidad, la legalidad o la tutela judicial efectiva⁴.

El principio *non bis in ídem* se ha vinculado siempre al principio de legalidad, al deducirse que no pueden imponerse dos castigos por la comisión de unos mismos hechos, en tanto que aquellos no se hallan contemplados en una ley previa⁵. Asimismo, se ha afirmado que resulta desproporcionado reprochar dos veces una misma conducta que atenta contra idénticos bienes jurídicos⁶. El principio *non bis in ídem* se presenta también como una garantía para evitar una sanción no ajustada a la gravedad de la conducta, pero impedir una doble sanción no conlleva en todo caso aplicar el principio de proporcionalidad, ya que este puede satisfacerse mediante la acumulación de sanciones en su grado mínimo o, en su caso, la imposición del castigo más grave, como puede suceder en los concursos ideales de infracciones⁷.

págs. 275-287. J. Meseguer Yebra (2000), *El Principio "non bis in ídem" en el Procedimiento Administrativo Sancionador*, Barcelona: Bosch. L. Alarcón Sotomayor (2008), *La Garantía non bis in ídem y el Procedimiento Administrativo Sancionador*, Madrid: Iustel. F. García Gómez de Mercado (2017), *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, 4ª edic., Granada: Comares, págs. 63-70.

³ M. J. Gallardo Castillo (2011), «El principio non bis in ídem: ¿realidad o ficción?», *Foro Gallego: Revista Xuridica*, 201, págs. 87-115.

⁴ F. Puerta Seguido (2009), «La prohibición de bis in ídem en la legislación de tráfico», *Documentación Administrativa*, 209, págs. 221-223.

⁵ A. Nieto García (2005), *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Tecnos, pág. 477.

⁶ J. I. Cubero Marcos (2010), *El principio non bis in ídem en la Ley vasca de la potestad sancionadora*, Bilbao: IVAP, págs. 24-26.

⁷ S. del Rey Guanter (1990), *Potestad Sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el Orden Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pág. 123.

En ese sentido, las instancias jurisdiccionales internas, incluido el TC, o las internacionales, como el TEDH, a veces han confundido la proporcionalidad de la sanción con la aplicación del principio *non bis in ídem*⁸. Así, se ha permitido la compensación de sanciones de la misma naturaleza⁹, habiendo admitido incluso la posibilidad del doble enjuiciamiento¹⁰. Aquel principio comporta un solo castigo y un solo procedimiento en caso de que concurren los mismos sujetos, hechos y fundamento de la infracción, no el concurso, la compensación o la acumulación atemperada de los castigos¹¹. Así, debería conservar su eficacia uno de los fallos en que se declaró la existencia de unos hechos, su adecuación al ilícito correspondiente y el castigo que lleva aparejado¹². Una de las razones por las que el principio *non bis in ídem* no se ha respetado en su integridad es la prevalencia de la jurisdicción penal, de modo que cualquier enjuiciamiento de los mismos hechos por una Administración o jurisdicción distinta debe ceder al relato fáctico emitido en la vía penal¹³. Eso ha significado mantener la resolución administrativa, compensar la sanción de la misma naturaleza por la jurisdicción penal, y condenar con pena privativa de libertad a la persona encartada.

Esa tesis de la compensación y la proporcionalidad pareció topar con un freno en la doctrina del TEDH. En *Zolotoukhin*, por ejemplo, la sentencia firme del Tribunal administrativo habría servido para anular un juicio penal

Cfr. T. Aguado Correa (1999), *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid: Edersa, págs. 35-38.

⁸ L. Alarcón Sotomayor (2008), «Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in ídem», en M. Rebollo Puig *et al.*, *Derecho Administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, pág. 376. Cfr. STS 17 de diciembre de 1997, RJ 9690/1997, FD 5º. En palabras literales, «[...]si permite la norma acumular sanciones y esto no contraviene la proporcionalidad, entonces no puede aplicarse el *non bis in ídem*».

⁹ Cfr. STJCE 12 de julio de 2005, C-304/02, *Comisión c. Francia*, ap. 84. No permite la compensación porque se trata de sanciones de distinta naturaleza.

¹⁰ L. Arroyo Zapatero (1983), «Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal», *REDC*, 8, págs. 19-20. M. J. Alonso Más (2005), *Prevalencia de la vía Jurisdiccional Penal y Prohibición del Doble Enjuiciamiento*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 35-39.

¹¹ G. Gaulard (2013), «Le principe non bis in ídem en droit de la concurrence de l'Union», *Cahiers de Droit Européen*, 3, págs. 706-707.

¹² F. J. Boix Reig (2005), «La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in ídem», VV.AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, pág. 142.

¹³ T. Cano Campos (2001), «Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», *RAP*, 156, pág. 209.

posterior por los mismos hechos¹⁴. En este caso, la relevancia del fallo estriba en que la sanción había adquirido naturaleza penal en la práctica, al tratarse de una pena privativa de libertad. Por ello, considera que «[...] la garantía consagrada en el art. 4 Protocolo 7 entra en juego cuando se abren nuevas diligencias y la sentencia anterior absolutoria o condenatoria ha adquirido fuerza de cosa juzgada. En esta fase, los hechos del sumario incluirán forzosamente la decisión por la que concluyó el primer proceso penal y la lista de acusaciones formuladas contra el demandante en el nuevo proceso»¹⁵. Incluso entiende que el enfoque que privilegia la calificación jurídica de los delitos —podría afirmarse aquí delito e infracción administrativa— debilita la garantía que consagra el art. 4 del Protocolo 7 CEDH¹⁶. Si la conducta castigada en la vía administrativa ya estaba subsumida en el delito, este mismo pudo considerarse juzgado en la vía administrativa¹⁷.

El sometimiento de sanciones administrativas y penas a un mismo régimen jurídico, de acuerdo a la doctrina del TEDH, requiere la aplicación de los criterios consagrados en la sentencia *Engel*¹⁸. Así, debe tenerse en cuenta la clasificación legal de la infracción conforme a la legislación nacional, la

¹⁴ D. I. Carpio Briz (2012), «Europeización y reconstitución del non bis in ídem —efectos en España de la STEDH *Sergueï Zolotoukhine v. Rusia*, de 10 de febrero de 2009—», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dir.), *Constitución y Sistema penal*, Madrid: Marcial Pons, págs. 229-231.

¹⁵ STEDH 10 de febrero de 2009, Demanda 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c. Rusia*, ap. 83. Se le imputaba al responsable una infracción administrativa por falta de consideración y blasfemias contra los funcionarios públicos en la vía administrativa, mientras que en la vía penal se le inculcaba un delito de amenaza a la autoridad.

¹⁶ A. Jacobs (2013), «Le droit á un doublé degré de juridiction et le principe non bis in ídem; le Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme enfin en vigueur en Belgique», *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 4, pág. 310.

¹⁷ *Ibid.*, ap. 97. Pueden mencionarse otros casos en que se excluye la naturaleza de pena, como cuando se le sanciona a un agricultor con la privación de la ayuda durante un periodo de tiempo. Cfr. STJUE 5 de junio de 2012, C-489/10, *Bonda*, aps. 42-45. Cfr. M. Odriozola Gurrutxaga (2017), «Duplicidad de sanciones administrativas y penales en la Unión Europea y en España. Comparación de la jurisprudencia europea y española desde la perspectiva del principio non bis in ídem», en J. L. De la Cuesta Arzamendi, N. J. De la Mata Barranco e I. Blanco Cordero (coords.), *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, págs. 148 y 149.

¹⁸ Jacobs (2013: 310). Asimismo, M. Do Carmo Henriques Salido, D. Ordóñez Solís y P. F. Rabanal Carbajo (2017), «El uso actual del non bis in ídem en el Tribunal Supremo español y el los tribunales supranacionales europeos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, pág. 502.

naturaleza de la infracción y el grado de severidad de la pena que la persona afectada se arriesgue a incurrir¹⁹. Estos dos últimos criterios no necesariamente son alternativos, sino que pueden ser acumulativos²⁰. La identidad de los hechos en supuestos en que ambos castigos revisten naturaleza penal determinaba la imposibilidad de castigar y juzgar dos veces por los mismos hechos²¹. El criterio de la proporcionalidad también se ha manifestado como uno de los mecanismos para evitar la tramitación de un doble enjuiciamiento sobre unos mismos hechos²².

El Tribunal Constitucional ha aplicado el criterio de la proporcionalidad en las Sentencias 177/1999 y 2/2003 para compensar las sanciones impuestas en la vía administrativa²³. En ese último pronunciamiento, el encomiable intento de adaptar la prevalencia de la jurisdicción penal a una solución más acorde con la equidad no puede desvirtuar la prohibición de doble sanción, es decir, la aplicación directa del principio de legalidad. Aun así, la compensación también ha sido una solución aportada por el TJUE en materia de derecho de la competencia, sin advertir que en el fondo se están aplicando reglas concursales que se sustentan en la proporcionalidad del castigo y en su reproche adecuado, pero no en la prohibición de doble enjuiciamiento y castigo²⁴. Aun así, la compensación no excluye el *bis* y se ha aplicado, incluso, en casos en que procedía la cosa juzgada²⁵. Si se admite la acumulación o compensación de castigos, ¿se está aceptando implícitamente el doble enjuiciamiento?

¹⁹ Según Odriozola (2017: 149), a esos criterios se añaden también los valores o intereses protegidos, la aplicabilidad de la disposición al conjunto de los ciudadanos o el carácter disuasivo de la sanción.

²⁰ STEDH 8 de junio de 1976, *Engel y otros c. Holanda*, ap. 82.

²¹ F. Díaz Fraile (2016), *Derecho Administrativo Sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona: Atelier, págs. 123 y 124. Cita el caso *Tomasovic contra Croacia* (STEDH 18 de octubre de 2011) como respaldo de la doctrina *Zolotoukhine*.

²² STEDH 15 de noviembre de 2016, Demandas 24130/11 y 29758/11, *A. y B. c. Noruega*, ap. 132. En el mismo apdo. 147 de la sentencia se refiere al hecho de que no ha sufrido perjuicios desproporcionados como consecuencia del doble enjuiciamiento.

²³ A juicio de Carpio Briz (2012: 238), había antecedentes al respecto, por ejemplo, en la STC 334/2005, FJ 3º.

²⁴ G. Di Federico (2011), «EU Competition Law and the Principle of *ne bis in ídem*», *European Public Law*, 2, pág. 247.

²⁵ STJUE 14 de febrero de 2012, C-17/10, *Toshiba* y otros, aps. 102 y 103. En esta sentencia, por ejemplo, las sanciones impuestas por la Comisión se basaban en hechos distintos a las repercusiones de las conductas en solo un Estado. Sin embargo, si se trata de los mismos hechos, incluso procede la compensación. Cfr. Gaulard (2013: 732). En el ámbito interno, cfr. STSJ Cataluña 28 de abril de 2015, JUR 2015/234554, FD

Eso significa que el principio *non bis in ídem* no puede servir de fundamento a estas decisiones que sitúan en el mismo nivel o lo equiparan a dicho principio.

III. ALGUNOS ASPECTOS MATERIALES CONTROVERTIDOS: APORÍAS EN EL *ÍDEM*

1. LOS SUJETOS, EN ESPECIAL, LA DISTINCIÓN ENTRE PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS

La teoría del levantamiento del velo ha prevalecido en los recientes pronunciamientos en torno a la responsabilidad de las personas físicas que dirigen o administran sociedades²⁶. Conforme a la ley vasca de la potestad sancionadora, se prohíbe la duplicidad de castigos por los mismos hechos a personas físicas y jurídicas, regla general que ha sido corroborada en la vía jurisprudencial²⁷. Esta regla general, consistente en eximir de responsabilidad a las personas físicas o jurídicas por los mismos hechos, también presenta algunas excepciones, como la intervención de diversas personas jurídicas en coautoría²⁸. Esto debe entenderse respecto de las sanciones administrativas, no así cuando los gerentes, administradores o profesionales contratados para prestar servicios han podido incurrir en un delito que puede traer causa de esos mismos hechos o, al menos, en unidad de acción²⁹.

5º. La sanción impuesta se reduce a la cuarta parte porque ya se ha impuesto la multa por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

²⁶ Cfr. V. Manteca Valdelande (2012), «La potestad sancionadora de las administraciones públicas», *Actualidad Administrativa*, 12. Recoge la excepción que había señalado el TC en la Sentencia 177/1999 sobre los vertidos, si bien esa resolución es matizable en algún aspecto porque no aplica estrictamente el principio *non bis in ídem*.

²⁷ STSJ de Andalucía (Sevilla, Sala de lo Social), de 14 de diciembre de 2017, AS 2018/255, FD 3º. No procede imponer las sanciones nuevamente a los administradores cuando se han establecido para las personas jurídicas que dirigen.

²⁸ M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales (2010), *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría y práctica general del Derecho penal Administrativo*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 234 y 235.

²⁹ Cfr. STJUE 5 de abril de 2017, C-217/15 y C-350/15, *Orsi y Baldetti*, apdos. 22-25. Simplemente se pone de manifiesto el hecho de que la pena y la sanción administrativa no se imponen al mismo sujeto: la primera a las personas físicas y la segunda a la jurídica. STS 12 de marzo de 2014, RJ 2014/1485, FD 6º. El delito contra los derechos de los trabajadores se comete por los gerentes mientras que la sanción por el ilícito en materia de prevención de riesgos laborales recae sobre la empresa. El pro-

El TC admitió el castigo a las personas físicas en la vía penal y a las jurídicas como responsables de infracciones administrativas, al sostener que faltaba la identidad subjetiva necesaria. El argumento es algo confuso, al entender que, como la persona jurídica ya no podía ser castigada en la vía penal (al encontrarse en curso), los sujetos no eran los mismos y procedía el doble reproche punitivo³⁰. Parece que solamente por el hecho de que las personas jurídicas no respondían penalmente en aquel momento, debían soportar las sanciones administrativas. Es necesario un análisis más detenido de la identidad de sujetos y sobre quién recaen las consecuencias del daño producido por la infracción. En ese sentido, más que por tratarse de sujetos distintos, el argumento para castigar por un delito a la persona física que administra o dirige la empresa estriba en el resultado de la comisión de la infracción, porque se ha enriquecido injustamente o, incluso, porque el delito trataba de proteger un bien jurídico distinto a la infracción administrativa³¹.

Por ejemplo, si se ha ocultado o falseado información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la persona jurídica puede ser autora de una infracción administrativa, mientras que los administradores que hayan empleado información privilegiada y hayan obtenido un mayor rendimiento por la venta de sus acciones pueden cometer un delito que protege el bien jurídico relativo a la confianza que han depositado inversores y accionistas, siempre que en ellas concurriera dolo y se hayan mostrado favorables a la conducta

blema es que no se analiza la participación del administrador en el capital social de la empresa y, en consecuencia, no hay levantamiento del velo. Igualmente, véase STS 11 de febrero de 2014, RJ 2014/912, FD 3º. Asimismo, respecto a las obligaciones solidarias de las empresas subcontratadas, véase STSJ de Cataluña 15 de octubre de 2012, RJCA 2013/1, FD 2º.

³⁰ STC 70/2012, FJ 3º. El argumento es una tautología en toda regla, porque parece que por la naturaleza jurídica del autor, sin examinar la conexión o relación entre ambas, merecen un doble castigo.

³¹ M. Rebollo Puig (2017), «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en L. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 1060. STSJ de Galicia 30 de junio de 2017, JT 2017/980, FD 2º. La falsedad documental se imputa a los administradores, mientras que la defraudación de cuota tributaria recae sobre la cooperativa. Asimismo, los ilícitos comportan unos criterios antijurídicos distintos, puesto que el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales no conlleva o equivale a la causación de lesiones derivadas del accidente laboral (STSJ Aragón 12 de abril de 2017, Sala de lo Social, AS 2017/528, FD 8º).

ilícita³². En ese sentido, los intermediarios financieros u otras personas que actúan en nombre y por cuenta de sociedades u otras personas físicas sí deberían asumir su responsabilidad reconocida en diversas leyes³³.

Algunos supuestos, en cambio, se resisten a esa conclusión, dado que algunas sociedades se constituyen con capital perteneciente a un solo accionista, lo que sucede habitualmente en las empresas familiares. Las consecuencias de la infracción administrativa o del delito recaen sobre el mismo patrimonio y la teoría del levantamiento del velo podría decaer ante una identidad clara del bien jurídico protegido³⁴. Si la sociedad posee un único accionista, de algún modo parece absurdo señalar que el mismo ha sido defraudado porque esa persona ha arriesgado su patrimonio³⁵. De todos modos, esta afirmación también admite matices. Piénsese en una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, en la que responde tan solo el patrimonio social y no el personal del particular que la administra³⁶. La quiebra de la empresa, por ejemplo, afecta a terceros como trabajadores o proveedores que han contratado con ella. Además, tampoco puede descartarse la falta de identidad subjetiva cuando

³² STS 23 de octubre de 1995, RJ 7904/1995, FD 3º. Respecto a la diversidad de bienes jurídicos protegidos, más que a la diferencia de sujetos, también pueden citarse las SSTS 16 de marzo de 2004, RJ 2629/2005, FD 5º y 6º; 10 de febrero de 2000, RJ 7046/2000, FD 4º u 8 de marzo de 2002, RJ 3406/2002, FD 4º, entre otras. Cfr. Del Rey Guanter (1990: 253).

³³ Cfr. art. 95 Ley 24/1988, de 28-7, del Mercado de Valores o art. 61.2 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

³⁴ STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 14 de mayo de 2015, JUR 2015/249104, FD 4º. Se le condenó previamente en la vía penal al consejero delegado de la empresa, por el incumplimiento de los deberes de prevención y medidas de seguridad en materia de riesgos laborales en concurso con el homicidio imprudente. Según el Tribunal, al tratarse del único consejero delegado de la empresa, se produce la coincidencia de sujetos y del resto de elementos para prohibir una segunda sanción.

³⁵ I. López Cárcamo e I. Lasagabaster Herrarte (2006), «Art. 9. Autoría», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Ley de la Potestad Sancionadora...*, cit., pág. 198. En la misma línea, M. Pérez Manzano (2002), *La Prohibición Constitucional de Incurrir en bis in ídem*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 142.

³⁶ Rebollo Puig (2017: 1057). También el autor no concibe la exención de responsabilidad de la persona jurídica solo por el hecho de que sea una persona la que posea el capital y tenga el dominio del hecho. Aun así, sostiene que, de producirse esta circunstancia, no respondería la persona jurídica, pese a que es injustificado para el derecho. Esta solución tan solo podría establecerse por ley. También reconoce en la nota 43 que la doble sanción a los gestores, por un lado, y a la entidad, por otro, de las empresas pequeñas y medianas conduce a castigos desproporcionados.

una asesoría ha sido la que ha cometido el delito de falseamiento de cuentas o ha provocado la evasión de la cuota³⁷.

En cualquier caso, debe rechazarse la habitual respuesta de los tribunales en torno a esta materia simplemente por la denominación o naturaleza jurídica de la persona jurídica y porque el juez penal instruye o resuelve esos mismos hechos³⁸. Se requiere una evaluación del asunto más exhaustiva y que permita descubrir la existencia de intereses comunes o analizar en qué medida difiere el fundamento jurídico de las infracciones y el delito. Además, no se olvide que las personas jurídicas también pueden ser imputadas por la comisión de delitos, si bien con un alcance algo limitado³⁹. Además, si la persona jurídica obtuvo un beneficio cometiendo un delito y este reviste un fundamento jurídico distinto a una infracción administrativa, cabe el doble castigo a la misma persona jurídica⁴⁰.

2. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA INFRACCIÓN: LA NECESARIA MEJORA EN LA LABOR DE TIPIFICACIÓN

La identidad en cuanto al fundamento de la infracción se refiere a la configuración del bien jurídico que protege la infracción frente al mismo riesgo⁴¹. La cuestión estriba, por tanto, en que la norma permita conocer ese bien jurídico⁴². La hipertrofia reguladora ha conducido en los últimos tiempos a du-

³⁷ M. Navas Parejo Alfonso (2014), «La aplicación del principio non bis in ídem en el ámbito del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 124, pág. 86. También se refiere a la cadena de responsabilidades, por ejemplo, cuando se externaliza un servicio.

³⁸ STS 31 de marzo de 2010, RJ 2010/2759, FD 6º. La empresa constructora no había adoptado medidas de seguridad laboral por las que fue sancionada, mientras que los arquitectos responden por el delito de lesiones imprudentes por los defectos en proyecto que provocaron el accidente laboral. Respecto a la distinción entre la asociación y sus miembros, como ausencia de identidad en el aspecto subjetivo, cfr. SSTS 22 de octubre de 1997, RA 7447, FD 3º y 20 de enero de 1997, RA 536, FD 2º.

³⁹ Art. 31 bis.1 y 2 CP. Se exime a las personas jurídicas cuando adopten medidas que traten de evitar las consecuencias dañosas del delito. Cfr. Cubero (2010: 47).

⁴⁰ Ahí reside el criterio de imputación a la persona jurídica. Cfr. M. Gómez Tomillo (2017), «La imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas», en F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona: Bosch, págs. 269 y 270.

⁴¹ J. Muñoz Lorente (2001), *La nueva configuración del principio non bis in ídem*, Madrid: Ecoiuris, pág. 53.

⁴² Gallardo (2011: 91).

plicar o triplicar las conductas que pueden ser sancionadas por fundamentos, si no equivalentes, muy afines, lo que arroja un resultado desolador para evitar el doble castigo o enjuiciamiento. Así, el conocido coloquialmente como “botellón” es una conducta tipificada como infracción por, al menos, tres normas distintas, a saber, las ordenanzas municipales sobre convivencia ciudadana⁴³, la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOSC)⁴⁴ y, por último, legislaciones autonómicas en materia de adicciones⁴⁵. Además, actualmente se tramita un proyecto de ley en torno a esta materia. Podría entenderse que en cada uno de estos casos se persigue la tutela de bienes o derechos distintos, al distinguir la salud, la convivencia o la seguridad ciudadana. Ahora bien, ¿podría admitirse la acumulación de sanciones administrativas si el mismo sujeto incurriera en la infracción? ¿Acaso no es más correcto que se perfilen los tipos infractores para adaptarlos a los bienes jurídicos que tratan de protegerse⁴⁶?

Por ejemplo, la seguridad ciudadana se considera un bien jurídico en caso de que la conducta ilícita entrañe un riesgo para la paz social o la convivencia ciudadana, afectando a derechos de otras personas⁴⁷. Se castiga en la LOSC el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública cuando «perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana». Curiosamente, esa perturbación puede comportar la comisión de otros ilícitos, relacionados con el ruido o, incluso, daños o lesiones constitutivas de delito. En consecuencia, si esa perturbación grave ya ha sido objeto de reproche en otras normas, carece de sentido que se

⁴³ Cfr. Ordenanza Municipal de Vitoria-Gasteiz de Prevención del Alcoholismo, 1989; Ordenanza Municipal de Bilbao reguladora de la actuación municipal para impedir la práctica del botellón en el espacio público de la Villa de Bilbao, 2006; art. 22.1 Ordenanza Municipal de Pamplona, sobre promoción de conductas cívicas y protección de los espacios públicos, 2005; y art. 13 Ordenanza Municipal de Valladolid sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actuaciones antisociales, 2012.

⁴⁴ Art. 37.17 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOSC).

⁴⁵ Ley 11/2010 de Galicia, de 17 de diciembre, de consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad; Ley 1/2016, de 17 de abril, del País Vasco, de Atención Integral de Adicciones y Drogodependencias.

⁴⁶ A. Sánchez Gascón (2004), *Duplicidad de Sanciones: “non bis in ídem”*, Madrid: Exhilibris, pág. 25. El ciudadano debería conocer con certeza por cuál de las infracciones puede ser imputado.

⁴⁷ M. Casino Rubio (2015), *Seguridad pública y Constitución*, Madrid: Tecnos, pág. 105. El riesgo o peligro de la ruptura de esa normalidad protegida por el ordenamiento o su perturbación efectiva, son los presupuestos que habilitan a la intervención de la policía.

multiplique la respuesta punitiva solo por el hecho de consumir una bebida alcohólica. Ese es el fundamento de la infracción para la normativa sanitaria —el bien jurídico, salud— que se ha comentado e, incluso, las normas sobre convivencia carecen de sentido si existen ordenanzas en materia de ruido, por ejemplo⁴⁸.

Todo ello no significa, tal vez, que deba suprimirse ese tipo en la LOSC o en las ordenanzas, sino que ha de configurarse añadiendo el elemento del tipo que comporte la amenaza o el ataque a ese bien jurídico y que no se aproxime a otros bienes jurídicos cuyo ataque merece reproche en otras normas⁴⁹. Los ilícitos que tienen por objeto prevenir o evitar la agresión no se justifican si esas conductas ya son sancionadas en otras normas⁵⁰. Del mismo modo, las normas que velan por la salud de las personas, especialmente las más jóvenes, tal vez deban afinar la tipificación de la infracción para los casos en que el riesgo a la salud se reduce sensiblemente, como puede suceder cuando se reúnen en el espacio público sin incurrir en excesos o no disponen de una cantidad de bebidas suficiente que conduzca a ellos⁵¹. En otras palabras, el mandato de tipificación debe responder a un riesgo real y no debe limitarse al peligro abstracto, consistente en ocupar el espacio público portando o consumiendo bebidas alcohólicas⁵².

⁴⁸ A. Bocos (2009), «El ruido de las actividades de ocio», en J. Pinedo Hay (coord.), *El ruido en las ciudades*, Barcelona: Bosch, págs. 53-58.

⁴⁹ Casino (2015: 109). El autor señala el riesgo relevante que para la seguridad pública.

⁵⁰ A eso se refiere el dictamen del Consejo de Estado sobre la LOSC 557/2014, de 26 de junio. Cfr. J. Avezuela (2017), «Seguridad ciudadana: una perspectiva desde el Derecho Administrativo sancionador», en F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Derecho Administrativo...*, cit., págs. 243 y 244. Aboga precisamente por la prevención, lo que le aproxima al peligro abstracto y olvidando también le principio de mínima intervención.

⁵¹ M. Almodóvar Iñesta (2003), *El consumo de alcohol en las vías públicas. Régimen jurídico y competencias administrativas*, Madrid: Civitas, *in toto*.

⁵² Por poner un ejemplo de lo absurdo que puede ser el peligro abstracto, en la actualidad, con motivo de la prohibición de fumar en establecimientos, puede observarse que las aceras o calles en muchas ciudades están atestadas de un buen número de personas —quizá no tan amplio para enmarcarse en un acto de «botellón»— que consumen bebidas alcohólicas. ¿Son merecedoras todas esas personas del castigo que comporta la simple utilización del espacio público consumiendo bebidas alcohólicas? Desde luego, en la práctica resulta muy poco probable. En ese sentido, cfr. T. S. Vives Antón y M. Cobo del Rosal (1997), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 328. Los autores se refieren a que la puesta en peligro del bien jurídico ha de recibir una desvalorización expresa del ordenamiento jurídico.

El TC no le ha otorgado la suficiente importancia a la tipificación, ignorando los problemas que puede evitar una técnica legislativa adecuada⁵³. Así, en el recurso planteado contra la Ley de Comunicación Audiovisual de Cataluña, esgrimió como argumento, no cuestiones de orden material, referidas al bien jurídico protegido por la norma sancionadora, sino a aspectos puramente formales o procesales, provocando la confusión entre las dos vertientes del principio *non bis in idem*. Sostiene que: «[...] En su caso, la lesión del principio que prohíbe la reiteración punitiva se produciría de no aplicarse la regla de la preferencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora [...] en aquellos casos en los que concurra una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento»⁵⁴. En vez de examinar los bienes jurídicos que tratan de preservar las infracciones, previniendo futuros enjuiciamientos dobles, se limita a señalar algo que el mismo legislador puede evitar, cual es la duplicidad de sanciones porque las infracciones trataban de proteger los mismos o muy similares bienes jurídicos⁵⁵.

Depurar y precisar el tipo se convierte en una labor de mayor relevancia cuando la jurisprudencia tiende a acumular las sanciones para idénticas personas, a modo del concurso real, por los mismos hechos, al contemplarse los tipos infractores en normas que regulan diversas materias o entienden que no hay identidad de hechos⁵⁶. Los mismos pronunciamientos judiciales se atreven a determinar el bien jurídico que se protege tan solo porque deben aplicar

⁵³ Cierto es que en algunas sentencias pasadas sí se ha puesto de manifiesto este problema de la tipificación, como en la STC 107/1989, FJ 2º.

⁵⁴ STC 86/2017, FJ 5º. Para ilustrar el asunto, el delito tipificado en el CP (art. 510) está previsto de la manera que sigue: «[...] quienes públicamente [...] inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad». La infracción administrativa, contenida en los arts. 132 b) y 136 LCAC, se refiere a lo siguiente: «infringir el deber de “no incitar al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad”».

⁵⁵ I. Lasagabaster Herrarte (2015), «Artículo 4. Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Cizur Menor: Thomson-Reuters, pág. 1031.

⁵⁶ STS 23 de marzo de 2012, RJ 2012/4617, FD 4º. Así, el delito de blanqueo de capitales y la infracción administrativa consistente en no presentar la declaración administrativa se consideran hechos distintos, lo que no resulta muy ajustado a la realidad porque entre ellos media en la práctica una conexión lógica.

diversas normas sectoriales⁵⁷. Se soslaya la posibilidad de conectar los bienes jurídicos o los mismos hechos, al menos para modular la proporcionalidad de la sanción con arreglo a las reglas del concurso medial o ideal⁵⁸. Por ejemplo, el TSJ de Andalucía anuló parte de una ordenanza de convivencia ciudadana, que se remitía a la legislación especial si la sanción que contemplara fuera más grave que la impuesta en la norma municipal⁵⁹. ¿Para qué remisión a otras normas y doble tipificación?

Todo ello ha abocado a una excesiva discrecionalidad judicial en la interpretación del fundamento jurídico de la infracción y, en consecuencia, a dudar de la virtualidad del principio *non bis in ídem*⁶⁰. En tanto en cuanto las normas no eviten ese amplio margen de apreciación de los jueces, la inseguridad jurídica convierte a aquel principio en una aporía. A esta tesis se abona el afán represor y la hipertrofia reguladora que se manifiesta en cada una de las normas que abordan la solución de problemas sociales. Desde una perspectiva formal, no se ha profundizado lo suficiente, no ya en una labor previa de coordinación y colaboración entre diferentes administraciones, sino en la misma

⁵⁷ STS 23 de marzo de 2012, RJ 2012/4617, FD 3º.

⁵⁸ Por todas, SSTC 159/1985; 154/1990, FJ 3º y 270/1994, FJ 8º. Especialmente ilustrativa es la controversia planteada en la STS 6 de julio de 2015, RJ 2015/3238. Se produjo una infracción administrativa por evadir cuota por la emisión de facturas falsas por una tercera persona. Pese a que la Ley General Tributaria condena también al que ha recibido la factura como responsable solidario, la previa imposición de la sanción conllevaría la imposibilidad de una doble sanción. Lo más llamativo es que el núcleo esencial de la argumentación se sitúa, no en el examen del fundamento de las infracciones, sino en el carácter instrumental de uno de los hechos, la emisión de las facturas, respecto al otro, cual es haber llevado a cabo una liquidación errónea del impuesto (FD 3º). Alonso Más (2005: 23) ya señaló en su momento que el concurso ideal representa un mecanismo indirecto de aplicación del *non bis in ídem* y no solo como una reacción a la proporcionalidad de la acción punitiva. Asimismo, las reglas concursales también se aplicaron en la STEDH 2 de julio de 2002, Dem. 33402/1996, *Göktan c. Francia*, ap. 50.

⁵⁹ STSJ Andalucía (Sede Granada) 2 de junio de 2014, RJCA 2015/475, FD 8º. Se impugnaba la Ordenanza de 5 de octubre de 2009, del Ayuntamiento de Granada, de medidas para fomentar la convivencia ciudadana en el espacio público de esa ciudad. Fundamentalmente el Tribunal apreció posible duplicidad con conductas tipificadas en la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana.

⁶⁰ Cfr. M. J. Gallardo Castillo (2015), «El ilícito penal y el ilícito administrativo y su distinto “fundamento” como justificación de la imposición de la doble sanción en el ámbito de las relaciones de sujeción especial», *Actualidad Administrativa*, 1. Pone de manifiesto precisamente que, aunque las infracciones protejan diversos bienes jurídicos, la respuesta punitiva debe ser única por tratarse de los mismos hechos.

perspectiva competencial que evite duplicidades en los procedimientos y en las infracciones que se tipifican⁶¹. Una tipificación precisa y minuciosa puede prevenir muchos conflictos competenciales⁶².

3. ¿SE CONSIDERAN LOS HECHOS COMO UN TODO O ES NECESARIO DEFINIR LA CAUSALIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN?

Por una parte, el TEDH consideró decisivo que las conductas ilícitas se situasen en una misma unidad de acción y que entre ellas pudiera existir una relación de medio a fin⁶³. Así sucede en el caso de la conducción temeraria con infracción administrativa, y en el delito de lesiones por imprudencia. Asimismo, en ilícitos que no guardan tan estrecha relación de riesgo-resultado, la conclusión ha sido parecida⁶⁴.

Por otra, el TJUE ha sido partidario en no pocas ocasiones de invocar la unidad de acción como la toma en consideración global de los comportamientos ilícitos concretos⁶⁵. Siguiendo con la jurisprudencia del TEDH, la persona que superaba los límites de alcoholemia (infracción administrativa) atropelló a un ciclista causándole la muerte (homicidio imprudente). Lo más llamativo es la aplicación sin ambages del principio *non bis in ídem*, cuando, en realidad, la Corte se inclinó por compensar las sanciones ya impuestas por la Administración y los tribunales en un claro caso de concurso ideal⁶⁶.

⁶¹ Este es el problema que se ha planteado en la Unión Europea con motivo de la intervención de las autoridades nacionales de la competencia y la Comisión Europea en la sanción de unos mismos hechos. Desde luego, parece que la existencia de un mercado único y la previa sanción de la Comisión obligaría a evitar un doble juicio por la autoridad interna. Sin embargo, basándose en el fundamento jurídico de la infracción o en los intereses que persigue proteger el ilícito, se ha permitido una doble sanción que se ha considerado como la consecuencia lógica de no diferenciar las competencias atribuidas a entidades internas y europeas. Cfr. Gaulard (2013: 756 y 757). También al respecto, M. Aguilera Morales (2006), «El *ne bis in ídem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, 20, pág. 502.

⁶² Díaz Fraile (2016: 449) denuncia el desequilibrio de poder a favor de la Administración y en detrimento de las garantías procesales de las personas, por el incremento de las leyes sancionadoras.

⁶³ STEDH 29-5-2001, Demanda 37950/1997, *Franz Fischer contra Austria*, ap. 29.

⁶⁴ M. E. Torres Fernández (2003), «De nuevo sobre el principio “*non bis in ídem*” en la jurisprudencia constitucional», *La Ley*, 4, págs. 1513-1531.

⁶⁵ SSTJCE 18 de julio de 2007, C-288/05, *Kretzinger*, ap. 37 y C-367/05, *Norma Kraaijenbrink*, aps. 28 y 29.

⁶⁶ STEDH 30-5-2002, *W. F. contra Austria*, As. 38275/1997, ap. 25. A tenor del TEDH, el elemento nuclear común consiste en haber conducido un vehículo a motor ha-

El mismo TC, en la Sentencia 2/2003, presumió que el delito prácticamente embecía o consumía la infracción administrativa⁶⁷.

En plena evolución de la doctrina, la Corte europea ha considerado los hechos como el elemento que permite comprobar la existencia de una identidad previa⁶⁸. El enjuiciamiento previo por la jurisdicción penal de un delito de contrabando, por ejemplo, puede conllevar la anulación de un procedimiento sancionador posterior para determinar la cuantía de los impuestos defraudados como consecuencia del delito. La razón estriba en que los hechos guardan identidad y ya habían sido juzgados en la vía penal⁶⁹. Como se aprecia, obvió cualquier juicio relativo a la calificación jurídica, tal y como había declarado en *Zolotoukhine*⁷⁰. Asimismo, en algunos casos se soslaya completamente el tipo de conducta constitutiva de delito o infracción administrativa y los hechos se consideran comunes para ambas supuestas imputaciones⁷¹. Por ejemplo, se le acusa de una infracción tributaria por evasión de cuota, mientras que esas deficiencias fueron provocadas por la comisión de un delito relacionado con la ocultación de cuentas⁷². El tribunal engloba o subsume los comportamientos en una misma unidad y considera que se produjo el doble enjuiciamiento prohibido. A lo sumo se afirma que, como se aplica la legisla-

biendo ingerido alcohol superando las tasas reglamentariamente determinadas. Esos hechos están unidos de forma indisoluble, a juicio del Tribunal. Frente a *Zolotoukhine*, se tienen en cuenta aquí los elementos esenciales de las infracciones, de modo que se añade únicamente uno de ellos para considerar que solo debe aplicarse uno de los tipos. Asimismo, cfr. STEDH 23-10-1995, Dem. 15963/1990, *Gradinger contra Austria*, ap. 55.

⁶⁷ STC 2/2003, FJ 5º.

⁶⁸ Carpio (2012: 234) prima la consideración procesal del principio *non bis in idem* a partir del objeto, de los hechos reales en su sentido espacio-tiempo, llevados al proceso.

⁶⁹ STEDH 9 de junio de 2016, Demandas 6602/09 y 71879/12, *Sismanidis eta Sitaridis c. Grecia*, aps. 44-47.

⁷⁰ En la legislación ucraniana los desórdenes menores constituyen una infracción administrativa. Estos desórdenes también pueden suponer un delito si incluyen insultos, amenazas y la producción de daños en establecimientos, como en bares. Si existe unidad de acción o acción continuada los insultos y las amenazas pueden ser subsumidos en el delito de daños. Todo ello conlleva la imposibilidad de que intervenga incluso la jurisdicción penal. Véase la STEDH 16 de junio de 2016, Demanda 44396/05, *Igor Tarasov c. Ucrania*, aps. 28 y 29.

⁷¹ Odriozola (2017: 151).

⁷² STEDH 27 de noviembre de 2014, Demanda 7356/10, *Lucky Dev c. Suecia*, aps. 61-63. Además, véase STEDH 20 de mayo de 2014, Demanda 758/11, *Häkkä c. Finlandia*, ap. 48.

ción tributaria para determinar si hubo o no fraude, carece de sentido que el asunto se ventile dos veces por órganos diferentes⁷³.

No obstante, en alguna sentencia se ha operado un giro a la tesis mencionada. La incorrecta aplicación de la normativa tributaria condujo a la fijación de una cuota tributaria inferior a la que correspondía abonar al sujeto obligado. Según el Tribunal, el propósito de las infracciones tributarias consiste en garantizar la efectividad del deber de contribuir al sistema tributario, aportando completa y segura información y garantizando las bases del sistema tributario nacional. A juicio del tribunal, la condena criminal, en cambio, posee una finalidad punitiva respecto a la misma omisión antisocial, lo que implica el elemento adicional del fraude culpable⁷⁴. En otras palabras, no se apreció el *ídem* porque se analizó el fundamento jurídico de cada uno de los ilícitos. Así, el voto particular de ese fallo menciona el considerable cambio de tendencia respecto a la determinación del *ídem*, en este caso los hechos (o la unidad de acción), puesto que las sanciones impuestas por la Administración resultaban lo suficientemente gravosas como para considerar que el castigo revestía un carácter penal⁷⁵.

La evolución de la doctrina del TEDH permite concluir en torno a los hechos que su identidad, e, incluso, su conexión causal, que permite enmarcarlos en una unidad de acción, se presenta como condición necesaria para evitar el *bis*, pero no suficiente para decidir si existe o no el *ídem*. Este parecía integrar exclusivamente la unidad de acción o los hechos, pero después del caso *A. B. contra Noruega* la calificación y el fundamento de las infracciones también requieren un examen que concluya la identidad para evitar la doble sanción o enjuiciamiento⁷⁶. Incluso parece decaer la tesis relativa a que, si los

⁷³ STEDH 10 de febrero de 2015, Demanda 53197/13, *Österlund c. Finlandia*, ap. 51. En este caso, se juzgaba por la jurisdicción penal el fraude fiscal directamente, no por no atender las obligaciones contables. En ese sentido, también STEDH 27 de enero de 2015, Demanda 17039/13, *Rimas c. Finlandia*, ap. 47. La omisión de información, aunque se trate de una infracción administrativa, se considera incluida en el fraude fiscal, es decir, en el delito en sí.

⁷⁴ STEDH 15 de noviembre de 2016, Demandas 24130/11 y 29758/11, *A. y B. c. Noruega*, ap. 144.

⁷⁵ Véase el voto particular del juez Pinto de Albuquerque a esa Sentencia de 15 de noviembre de 2016, ap. 27.

⁷⁶ Este planteamiento ha sido recurrente en la jurisprudencia del TS al enjuiciar un delito que conllevaba la comisión de una infracción administrativa. Así, la apropiación indebida de fondos por un gestor comporta la infracción administrativa que consiste en defraudar a los inversores o en no otorgarles prioridad. El TS, en Sentencia de 19 de julio de 2002 (RJ 7109/2002, FD 4º), entendió que se atentaba contra la propiedad

hechos han sido juzgados por sentencia firme, sobre todo en la vía penal, la autoridad de la cosa juzgada impide un segundo proceso, sin necesidad de examinar el fundamento jurídico de los ilícitos en presencia⁷⁷.

Respecto a la identidad fáctica, la LRJSP prevé la imposición de una única sanción cuando exista una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión⁷⁸. La duda estriba en los «semejantes preceptos administrativos»⁷⁹. Debe entenderse que todos ellos guardan una identidad sustancial en cuanto al fundamento jurídico⁸⁰. Además, respecto al *bis* para no reiterar un nuevo procedimiento, la LPAC señala que «no se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora con carácter ejecutivo⁸¹. Aquí se entiende implícito el principio *non bis in ídem*, no tanto por la identidad de hechos y sujetos como por la existencia de una resolución previa que resulte firme, al menos, en la vía administrativa⁸². Esta implica la ruptura de la unidad de acción requerida para la infracción continuada⁸³, si bien lo más lógico sería la adopción de medidas

ajena (delito) y contra el tráfico fiduciario (infracción administrativa) acumulando los correspondientes castigos.

⁷⁷ STEDH 30 de abril de 2015, Demandas 3453/12, 42941/12 y 9028/13, *Kapetanos y otros c. Grecia*, ap. 65. Se trata de un delito de contrabando que lleva aparejada, además, la evasión de cuota tributaria impuesta al comercio de determinados bienes. A eso se añade el hecho de que había mediado un periodo de tiempo prolongado entre ambos procesos.

⁷⁸ Art. 29.6 LRJSP.

⁷⁹ En este caso puede apreciarse la vacilante y exageradamente prolífica jurisprudencia que, pese a existir un nexo causal o una unidad de acción, consideran que se han producido infracciones distintas y acumulan los castigos. Cfr. SSTS 20 de marzo de 2007, RJ 2324/2007, FD 4º o 23 de octubre de 1995, RJ 794/1995, FD 3º. En esta última la información privilegiada y el falseamiento de precios en el mercado de valores no conllevan una relación de medio a fin.

⁸⁰ STSJ de Extremadura 25 de mayo de 2010, JUR 2010/237990, FD 2º. La obra sin autorización administrativa es un ejemplo claro de infracción continuada.

⁸¹ Art. 63.3 LPAC.

⁸² STS 2 de abril de 2014, RJ 2014/2286, FD 9º. Según la sentencia, no existe unidad de acción cuando existe un acuerdo para falsear precios por empresas que pertenecen a una asociación y el hecho de que esas empresas intercambien información para hacerlo efectivo.

⁸³ T. Cano Campos (2006), «Sanciones administrativas: principio de retroactividad, infracción continuada y non bis in ídem, procedimiento sancionador, atenuantes y

cautelares de suspensión de actividades o embargo de bienes que impidan la reiteración del comportamiento ilícito⁸⁴.

IV. LAS APORÍAS EN LA VERTIENTE ADJETIVA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM*

En este apartado se abordará la relación entre el procedimiento administrativo, el contencioso-administrativo y el penal, así como la posible concurrencia de procedimientos administrativos sancionadores en el enjuiciamiento de unos mismos hechos. Aquí se reafirma el escenario de un callejón sin salida. Veamos.

1. LA PREJUDICIALIDAD PENAL COMO UN *PRIUS*: ¿QUID LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA?

1.1. Los criterios del TEDH y su traslado al derecho interno

De acuerdo con el TEDH, pueden tramitarse procedimientos paralelos acerca de unos mismos hechos, siempre que medie una conexión suficiente entre ellos, tanto en la materia como en el tiempo. Así, la Corte europea ha considerado que las personas no deberían ser enjuiciadas y castigadas de nuevo por una infracción por la que habían sido condenadas⁸⁵. Si las sanciones o penas han sido impuestas por autoridades distintas y sin que los procedimientos hubieran estado conectados, se estima que se ha tramitado un nuevo

agravantes, sanciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, 13. Véase en www.iustel.com.

⁸⁴ Cfr. STGUE de 27 de abril de 2014, T-128/11, *LG Display y LG Display Taiwan contra Comisión*, aps. 232-238. Cuando las diversas acciones se inscriben en un plan conjunto que tienen como única finalidad económica el falseamiento de la competencia. En cualquier caso, de todo ello pueden derivarse distintas infracciones. Véase Di Federico (2011: 253). El autor se inclina por un único enjuiciamiento ante los mismos hechos.

⁸⁵ STEDH 30 de mayo de 2000, Demanda 31982/96, *R.T. c. Suiza*, y 13 de diciembre de 2005, Demanda 73661/01, *Nilsson c. Suecia*. Cfr. A. Garin (2016), «Non bis in ídem et Convention européenne des droits de l'homme: Du nébuleux au clair-obscur: état des lieux d'un principe ambivalent», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, 106, pág. 415. Según la autora, el procedimiento debe contar con una resolución definitiva.

proceso y se ha vulnerado el principio *non bis in ídem*⁸⁶. Uno de los indicios para considerar que se ha producido ese vínculo entre los procedimientos se refiere al hecho de que alguna de las instancias tome en consideración la resolución o el fallo emitido por la otra⁸⁷. Asimismo, si el periodo de tiempo que ha mediado entre el final del procedimiento administrativo y el penal se ha prolongado en exceso, se aplica la prohibición de la doble tramitación por los mismos hechos⁸⁸.

La Corte europea ha perfilado aun más los criterios para determinar la existencia de conexión entre procedimientos que impida el doble proceso⁸⁹. En primer lugar, la finalidad de los procedimientos ha de ser la misma, no solo en abstracto sino también en concreto, en el sentido de que han de estar dirigidos a castigar diferentes aspectos de la conducta antisocial; segundo, la dualidad de los procedimientos en cuestión debe ser una consecuencia previsible, tanto en la práctica como en la ley, de la misma conducta reprochable; tercero, las actuaciones procesales deben llevarse a cabo en cualquier instancia, de manera que traten de evitar en la mayor medida de lo posible la duplicidad de la evaluación de la prueba a través de una interacción adecuada entre las autoridades competentes para determinar los hechos concurrentes en ambas instancias⁹⁰; por último, la sanción impuesta en los procedimientos que finalizan primero debe tomarse en consideración en la resolución que se adopte

⁸⁶ STEDH 10 de febrero de 2015, Demanda 53753/12, *Kiiveri c. Finlandia*, aps. 45 y 46. Los procedimientos de revisión tributaria finalizaron sin que se apelara la correspondiente resolución o sentencia correspondiente a la resolución administrativa. Todo ello provocó que se desarrollara el juicio en lo penal por unos hechos que ya habían sido juzgados.

⁸⁷ STEDH 20 de mayo de 2014, Demanda 758/11, *Häkkä c. Finlandia*, ap. 48.

⁸⁸ STEDH 27 de noviembre de 2014, Demanda 7356/10, *Lucky Dev c. Suecia*, aps. 61-63. Se entendió que concurría la doble prohibición porque los hechos habían sido ya juzgados por la Administración tributaria y posteriormente por la Corte Superior administrativa, mientras el proceso penal se prolongó seis años más. Lo más llamativo es que la imputación difería sensiblemente, al tratarse de una evasión de cuota tributaria y de un delito contable o por ocultar información contable.

⁸⁹ A. M. Cayón Gallardo (2016), «La vertiente procesal del principio “ne bis in ídem”»: la posibilidad de dictar un segundo acuerdo sancionador cuando el primero ha sido anulado», *Revista Técnica Tributaria*, 112, pág. 19.

⁹⁰ S. Iglesias Sánchez (2013), «TJUE-Sentencia de 26 de febrero de 2013 (Gran Sala) *Aklagaren y Hans Akerberg Fransson*, Asunto C-617/10. La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el Estándar de protección», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46, págs. 1169-1170.

finalmente, al objeto de evitar que la persona afectada no soporte una carga excesiva⁹¹.

Para evitar el doble enjuiciamiento, debe existir un mecanismo destinado a asegurar que las penas impuestas sean proporcionales⁹². Como se aprecia, la prejudicialidad penal no siempre se impone, sobre todo si se trata de castigos que, aun infligidos por la Administración, puedan revestir naturaleza penal conforme a la sentencia *Engel*⁹³. Más bien, al criterio de las posibles medidas para alcanzar la proporcionalidad, debe añadirse la necesidad de que la simultaneidad de los procesos no comporte una carga desproporcionada e inseguridad jurídica a la persona inculpada⁹⁴. De nuevo parece que la proporcionalidad del castigo se superpone u opera como el equivalente al principio *non bis in idem*, al establecer la compensación de castigos como instrumento que eluda el doble enjuiciamiento.

En doctrina consolidada del TEDH, el orden en el que se emite la resolución correspondiente no puede ser decisiva para concluir si se ha producido o no un segundo enjuiciamiento⁹⁵. Como ya advirtió el juez Pinto en su voto

⁹¹ STEDH 18 de mayo de 2017, Demanda 22007/2011, *Jóhannesson y otros c. Islandia*, ap. 49. La conexión en el tiempo de los dos procedimientos debe ser lo suficientemente próxima como para proteger a la persona de estar sujeta a la incertidumbre y al retraso así como de los procedimientos que llegan a dilatarse en el tiempo, incluso cuando la legislación interna prevé un marco que separa los componentes criminales y administrativos. La duración desde que se iniciaron las investigaciones hasta la sentencia penal firme fue de nueve años y dos desde la resolución final del Tribunal Administrativo hasta la firme en la vía penal.

⁹² STEDH 15 de noviembre de 2016, *A y B c. Noruega*, ap. 132.

⁹³ STEDH 9 de septiembre de 2016, *Igor Tarasov c. Ucrania*, ap. 32. Asimismo, respecto a unas lesiones que son castigadas en la vía administrativa y que pueden ser también reprochadas en la vía penal (*idem* en cuanto al fundamento y a los hechos), sería suficiente que la Administración hubiese dictado resolución que finalizara el procedimiento, anticipándose, incluso, a la jurisdicción penal. Así, véase STEDH 1 de marzo de 2016, Demanda 50124/13, *Milenkovic c. Serbia*, ap. 49. Esta doctrina, en torno a la compatibilidad entre una pena y una sanción, por ejemplo, un recargo tributario, también ha sido respaldada por el TJUE. Cfr. STJUE 26 de marzo de 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*, ap. 37. La apreciación del principio *non bis in idem* recae sobre el juez interno.

⁹⁴ STEDH 18 de mayo de 2017, *Jóhannesson c. Islandia*, cit., ap. 50. Al respecto, cfr. J. Ponce Solé (2001), *Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido*, Valladolid: Lex Nova, págs. 206-213. Ese orden preferente de la jurisdicción penal sobre la administrativa no puede conllevar una limitación en el ejercicio de las garantías procesales por el ciudadano.

⁹⁵ STEDH 13 de diciembre de 2005, Demanda 73661/01, *Nilsson c. Suecia*.

particular, la obligatoriedad de tramitar un proceso penal se fundamenta en las mayores y más amplias garantías que concede respecto a los procedimientos administrativos, como puede ser la audiencia pública. A su juicio, la imposición de sanciones pecuniarias y privativas de libertad en el proceso penal impide la valoración de los mismos hechos por la Administración, sobre todo si la sanción administrativa reviste un carácter penal de acuerdo con la sentencia *Engel*⁹⁶. En caso de que la Administración hubiera decidido la suspensión del procedimiento, el segundo fallo no incurriría en una violación del principio. Sin embargo, la tramitación paralela —se entiende, cuando no media una conexión lógica y jurídica entre los procesos— sin suspensión y finalizando en una decisión de una de las instancias y, a continuación, de la otra, comporta inmediatamente la concurrencia del doble procedimiento y la violación del principio *non bis in idem*⁹⁷.

En el ámbito interno, a partir de la STC 2/2003, no parece albergar dudas la preferencia del orden jurisdiccional penal que ha sido corroborada en la LPAC, al referirse a los hechos declarados probados por «resoluciones judiciales penales firmes». Esos hechos vinculan a la Administración, hasta el punto de que una resolución contradictoria de esta debería conducir a su anulación o revisión de oficio⁹⁸. El análisis del TC prioriza la proporcionalidad de la sanción, y además adolece de algunas contradicciones que se han salvado parcialmente en la argumentación, pero no tanto en el resultado⁹⁹. Así, por un lado, declara la existencia de *bis in idem* y, sin embargo, como ya hizo el TEDH, resuelve compensar los castigos impuestos en ambas jurisdicciones. Por suerte, coincidía la multa como castigo impuesto, pero ¿y si solo hubiera procedido una pena privativa de libertad sin multa? Por otro, concede prioridad a la jurisdicción penal por entender que brinda más garantías procesales al presunto responsable, pese a que el mismo TC ya había considerado preferente la vía administrativa en algún caso y también el asunto puede juzgarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que también deberían otorgarse

⁹⁶ STEDH 30 de abril de 2015, *Kapetanios y otros c. Grecia*, cit., apdos. 72 y 73.

⁹⁷ STEDH 10 de febrero de 2015, *Österlund c. Finlandia*, cit., apdo. 46. Asimismo, ninguna otra instancia u órgano jurisdiccional tomaron en consideración el fallo anterior para imponer la sanción correspondiente.

⁹⁸ E. Fliquete Lliso (2015), «La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio *non bis in idem*», *Revista Española de la Función Consultiva*, 23, pág. 156.

⁹⁹ J. Garberí Llobregat (2012), *Derecho Administrativo sancionador práctico*, tomo I, Barcelona: Bosch, pág. 334. M. Beltrán de Felipe y F. Puerta Seguido (2004), «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el principio “*ne bis in idem*”», REDC, 71, pág. 375.

garantías¹⁰⁰. En el fondo, más que una interpretación distinta en el resultado de la doctrina sentada por la STC 177/1999 —también en esta se compensaron las sanciones—, en el fondo trata de justificar la preferencia del orden penal y rechazar de paso la tesis que afirma la prioridad de la jurisdicción que resuelve previamente, incluso con sentencia firme¹⁰¹. Conclusión esta, por cierto, muy próxima a *Zolotoukhin*, cuyas tesis han sido objeto de revisión¹⁰².

1.2. Análisis de supuestos

A) Jurisdicción contencioso-administrativa previa y proceso penal

Se ha planteado en la legislación la obligatoriedad de suspender el procedimiento administrativo si el órgano competente apreciara en los hechos una conducta constitutiva de delito. Sin embargo, la Administración no siempre califica como delito una conducta que, tal vez, reúna los elementos para reputarlo como tal. Ejemplos no faltan incluso en la jurisprudencia del TC¹⁰³. Eso significa que el procedimiento administrativo sancionador puede proseguir según los cauces establecidos legalmente y la resolución final puede ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En caso de que dicte sentencia la jurisdicción contencioso-administrativa con anterioridad al orden penal, y sea firme, debería aplicarse el principio de cosa juzgada, de manera que el proceso penal por los mismos hechos debería considerarse concluido¹⁰⁴. En los más recientes fallos la jurisprudencia ha im-

¹⁰⁰ Alarcón (2009: 397). Como sustento cita la STC 133/2000, en la que se le sancionó a un abogado por proferir expresiones que podían ser constitutivas de falta. Al haber sido juzgados esos hechos en la vía disciplinaria del Colegio de Abogados, el respeto a los derechos fundamentales de ese proceso impidió considerar prioritaria la vía penal.

¹⁰¹ M. C. Alastuey Doblón y E. Escuchuri Aisa (2011), «Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial», *Estudios Penales y Criminológicos*, 31, pág. 76.

¹⁰² Garín (2016: 416) entiende que se ha producido una aproximación a la tesis penalista, que exige básicamente la identidad de los hechos sin fijarse tanto en el fundamento jurídico de la infracción.

¹⁰³ Puerta Seguido (2009: 227).

¹⁰⁴ STC 255/2000, FJ 2º. Se anula una sentencia de lo Penal por no considerar probados unos hechos acreditados en la vía contencioso-administrativa. Gallardo (2011: 102 y 103) afirma que, mediante este efecto, se crea una premisa que vincula a lo que se resuelva en la resolución judicial de futuro, al desplegar su eficacia en el juicio siguiente. Cfr. SSTS 5 de octubre de 1998, RA 7691, FD 3º y 23 de septiembre de 2002, RA 9235, FD 2º.

pedido sancionar de nuevo por una liquidación tributaria errónea si el castigo fue anulado previamente¹⁰⁵. La valoración de la prueba que pueda efectuar la jurisdicción contencioso-administrativa debería mantenerse, sobre todo si la sentencia es firme, debido al principio de cosa juzgada¹⁰⁶. En cualquier caso, debe comprobarse el fundamento jurídico de la infracción que se impone y el que corresponde al delito que se le imputa, es decir, el elemento material (*idem*). Debe entenderse que los hechos declarados por la sentencia firme de la jurisdicción contencioso-administrativa no pueden ser alterados en la vía penal porque ello conllevaría la vulneración de la tutela judicial efectiva¹⁰⁷.

El comportamiento que muestre la persona acusada de ambos ilícitos puede revestir cierta relevancia. En una de las controversias entabladas ante el TC, la persona recurrente decidió desistirse en la vía contencioso-administrativa, y alegó el doble enjuiciamiento en la vía penal, pues ya se había dictado sentencia firme. El TC consideró que la actitud del inculpado mediante el desistimiento no conllevaba resolución sobre el fondo del asunto y continuó aplicando la preferencia de la vía penal, compensando los castigos¹⁰⁸. En algún caso se inadmitió el recurso de amparo por no haber denunciado en el momento oportuno la vulneración del *non bis in idem* durante el proceso penal, porque la sanción en la vía administrativa le resultaba más favorable¹⁰⁹.

En este caso, más allá de la buena fe o no de la persona inculpada, siempre podría solicitarse la suspensión del proceso contencioso-administrativo o de oficio ser ordenada por el juez o tribunal competente¹¹⁰. Al interponer

¹⁰⁵ SSTS 6 de noviembre de 2014, RJ 2014/6162, FD 5º y 9 de abril de 2015, RJ 2015/1339, FD 5º.

¹⁰⁶ Cayón (2016: 30) duda de que un juez penal pueda desconocer los actos firmes de la Administración, al igual que no podría desconocer una sentencia firme en vía contencioso-administrativa. Aquí se está refiriendo a los procedimientos tributarios en los que, por el indudable componente técnico y especializado (por ejemplo, las resoluciones de los tribunales económico-administrativos), los fundamentos jurídicos de las infracciones pueden ser configurados con mayor precisión por los órganos administrativos.

¹⁰⁷ M. J. Gallardo Castillo (2008), *Los Principios de la Potestad Sancionadora. Teoría y Práctica*, Madrid: Iustel, pág. 300.

¹⁰⁸ STC 2/2003, FJ 7º.

¹⁰⁹ El TC presumió mala fe en el recurrente por no dar noticia de un proceso contencioso-administrativo simultáneo a la vía penal. Así, cfr. STC 152/2001, FJ 4º.

¹¹⁰ Fliquete (2015:151) se refiere a las excepciones de litispendencia y cosa juzgada. Para la primera cabría la suspensión del procedimiento. En la misma línea, Garberí (tomo II, 2012: 130). Respecto a la actuación de oficio para la suspensión del procedimiento administrativo, cfr. García Gómez de Mercado (2017: 64). Cita algunas normas en las

recurso o, incluso, con anterioridad al inicio de proceso contencioso-administrativo, en caso de que cualquiera de las partes conociera la tramitación paralela en la vía penal, podría instarse la litispendencia, cuyo resultado comporta la suspensión del proceso contencioso, como si se tratara de una cuestión prejudicial, al menos en cuanto a los hechos que se declaren probados¹¹¹. La calificación jurídica de la JCA puede ser distinta¹¹². La suspensión, no obstante, no es un requisito obligatorio y tan solo si el juez o tribunal de lo contencioso considera que es indispensable plantear una cuestión prejudicial al orden penal, se evitará la tramitación paralela¹¹³.

El problema se agrava en caso de que en los procesos paralelos las autoridades jurisdiccionales valoren los elementos probatorios de distinta forma, al margen de que las pruebas presentadas en ambos procesos también pueden ser diferentes¹¹⁴. Así, al instruirse la causa o a través de diligencias previas en la vía penal, pueden obtenerse más y mejores evidencias en una investigación con más medios¹¹⁵. La jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, actúa a instancia de parte, por lo que las pruebas se proponen por las partes que normalmente carecen de capacidad para llevar a cabo una investigación a fondo de los hechos. En consecuencia, la sentencia firme dictada en primer término reviste enorme relevancia, al configurar un relato fáctico inamovible y que puede ser construido de forma distinta en una y otra jurisdicción, incrementándose la inseguridad jurídica¹¹⁶. ¿O acaso no es válida la prueba practicada y valorada conforme a las reglas de la sana crítica en sede contencioso-administrativa?

En el momento de dictar sentencia, el TC ya afirmó en su momento que las jurisdicciones podrían calificar jurídicamente los mismos hechos de

que se prevé la suspensión inmediata en cuanto la Administración tenga conocimiento del proceso en la vía penal, como la Ley 42/2007, la Ley de Tráfico o la LOSC.

¹¹¹ F. Málaga Diéguez (1999), *La Litispendencia*, Barcelona: Bosch, pág. 299

¹¹² Cfr. STC 216/2008, FJ 2º. En ese sentido, I. Lasagabaster Herrarte (2006), «Art. 25. Concurrencia con proceso penal», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Ley de la potestad...*, cit., pág. 389.

¹¹³ J. Morcillo Moreno (2007), *Teoría y Práctica de las Cuestiones Prejudiciales en el Derecho Administrativo. Las posibles Contradicciones entre Resoluciones de Distintos Órdenes Jurisdiccionales*, Madrid: La Ley, pág. 288.

¹¹⁴ V. Aguado i Cudolá (1994), *La Presunción de Certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Civitas, pág. 57.

¹¹⁵ Torres (2000). Véase en: www.laley.es

¹¹⁶ En contra de esta afirmación se muestra Puerta (2009: 227), al entender que el relato fáctico fijado en sede jurisdiccional penal no puede ser trastocado de ningún modo.

modo diferente, siempre que aporten argumentos y expongan los motivos por los que divergen. Los resultados pueden ser contradictorios, pero se admiten si los hechos han sido abordados bajo ópticas distintas¹¹⁷. La preferencia del orden jurisdiccional penal se pone en entredicho, puesto que la JCA, en teoría, debería procurar las máximas garantías a las partes del proceso¹¹⁸. Pueden tramitarse procesos paralelos sobre unos mismos hechos, pero pueden ser constitutivos a la vez de una infracción administrativa y un delito, dado que protegen bienes jurídicos distintos y no concurriría uno de los elementos idénticos que debe concurrir, cual es el fundamento de la infracción¹¹⁹.

B) Proceso penal previo, actuación administrativa y proceso contencioso-administrativo

Dictada sentencia firme en la vía penal, se aplica directamente la preferencia jurisdiccional. Solo respecto a los hechos probados, no para su calificación jurídica¹²⁰. En ese sentido, la sentencia absolutoria no conlleva implícita la exención de responsabilidad sancionadora administrativa. Si bien los hechos declarados probados por la resolución penal firme vinculan a la Administración, esta puede valorarlos sustentando su decisión en la normativa aplicable¹²¹. Otra cuestión es que se confirme en la vía administrativa la sentencia penal condenatoria previa, como así se deduce de la jurisprudencia¹²².

¹¹⁷ SSTC 278/2000 FJ 6º y 170/2002, FJ 10º.

¹¹⁸ Gallardo (2011: 110) se pregunta si el orden contencioso-administrativo no debe otorgar las mismas garantías que el penal y que en el fondo lo que existe es un conflicto de jurisdicciones. A su vez, A. Huergo Lora (2001), *Las Sanciones Administrativas*, Madrid: Iustel, pág. 172. El autor, con buen criterio, entiende que la reserva de jurisdicción se mantiene también en el caso de las sanciones administrativas.

¹¹⁹ STC 62/2003, FJ 4º. Cfr. Pérez Manzano (2002: 83). Véase también Alarcón (2008: 185) que lo compara con los juicios rápidos. En estos las garantías no son mucho mayores que en el procedimiento sancionador. Asimismo, Garberí (2012: 334).

¹²⁰ SSTC 2/1981, FJ 3º y 77/1983, FJ 4º. Aquí la afirmación tajante en torno a que unos hechos no pueden existir y dejar de existir al mismo tiempo para los órganos del Estado. En caso de que medie un sobreseimiento sobre los hechos probados, se abre la posibilidad de que la Administración también practique pruebas y entre a enjuiciar los hechos probados en sede administrativa o contencioso-administrativa. Véase al respecto STS 28 de noviembre de 2011, RJ 2012/2486, FD 3º.

¹²¹ Cayón (2016: 15).

¹²² STS 12 de febrero de 2007, FD 3º.

En caso de que la jurisdicción penal declare probados unos hechos y estos no sean conformes con los relatados en la resolución administrativa, esta última debe ser anulada, al objeto de evitar contradicciones en el material fáctico. Las sentencias más destacadas en esta instancia precisamente nacen de un enjuiciamiento previo por la Administración o por la jurisdicción contencioso-administrativa¹²³. Algunas han planteado anular la sanción y retrotraer las actuaciones al momento en que no se suspendió el procedimiento sancionador por los mismos hechos¹²⁴. Todo ello no significa que la Administración no pueda incoar el correspondiente procedimiento sancionador si aprecia un fundamento jurídico distinto en la infracción administrativa cometida¹²⁵. Asimismo, cabe citar la posibilidad de que se suspenda la ejecución de las sanciones impuestas, tal y como ha declarado la Sala de lo Social del TS¹²⁶. Si se ha iniciado el proceso penal, la suspensión se prevé para el proceso contencioso-administrativo, por tratarse de cuestiones prejudiciales que corresponden al orden penal¹²⁷.

La resolución administrativa firme puede ser revisada de oficio cuando presente algún tipo de divergencia con la sentencia penal firme en lo relativo a los hechos declarados probados por esta¹²⁸. Aquí no cabe discusión en torno a la prevalencia de la jurisdicción penal. Al objeto de garantizar el principio *non bis in ídem* o la tutela judicial efectiva, la Administración debe revisar de oficio sus actos que se han considerado nulos por vulnerar aquel principio¹²⁹.

El juez o Tribunal de lo Penal podría plantear una cuestión prejudicial devolutiva, denominada “relativa”, a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, cuando considere que es imprescindible resolver aquella para dictar sentencia¹³⁰. Para ello, debe suspender el proceso penal en curso

¹²³ Cfr. M. Gascón Abellán (1999), *Los hechos en Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*, Madrid: Marcial Pons, pág. 83.

¹²⁴ STS 9 de marzo de 2010, RJ 2010/4216, FD 4º. Asimismo, SSTS 26 de abril de 1996, RA 4973/1996, FD 2º y 14 de noviembre de 1997, RA 9500/1997, FD 3º. Cfr. I. Sanz Rubiales (2000), «Potestad sancionadora administrativa, non bis in ídem y primacía del orden penal (comentarios a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Revista del Poder Judicial*, 59, pág. 565.

¹²⁵ Pérez (2002: 68); Alarcón (2009: 406) cita la STS 28 de noviembre de 2000, RJ 10079/2000, de la que se desprende que la eficacia de la Administración le obliga a actuar con cierta rapidez.

¹²⁶ ATS 13 de septiembre de 2017, (Sala de lo Social), RJ 2017/4594, FD 4º.

¹²⁷ Art. 10.1 LOPJ y 4.1 LJCA.

¹²⁸ Alonso (2005: 65).

¹²⁹ Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010: 213).

¹³⁰ Art. 4 LECrim.

hasta que se emita una decisión al respecto por parte de los órganos de lo contencioso¹³¹. La paralización del proceso permitiría evitar procesos simultáneos. La regla general, no obstante, consiste en que son los propios órganos de lo penal los encargados de ventilar las cuestiones prejudiciales, excluyendo la suspensión del proceso¹³². Aun así, le corresponde adoptar esa decisión al juez o tribunal competente caso por caso, lo que no necesariamente soluciona una posible duplicidad de procedimientos¹³³.

La absolución en la vía penal significa que los hechos inculpativos no se han acreditado según las pruebas practicadas. Si aquellos no existen para la jurisdicción penal, ¿podrían ser objeto de prueba en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa? El TS se ha negado a considerar probados por la Administración o la jurisdicción contencioso-administrativa hechos que no han sido declarados probados en sede penal¹³⁴. Ahora bien, en ese caso la Administración adujo como prueba la que había sido presentada en el orden penal, lo que ocurre es que esos hechos probados pueden constituir infracción administrativa y no delito. No se contempla la posibilidad de que se practique prueba distinta por la Administración o la jurisdicción contencioso-administrativa¹³⁵. Desde luego, a efectos de castigar unas acciones como infracción y siempre que el fundamento de esta difiera de aquel que corresponda al delito, no debería limitarse la capacidad de ampliar un relato fáctico que no resulte contradictorio con lo ya dispuesto en la sentencia penal firme¹³⁶.

Cabe referirse a un matiz no desdeñable: la legislación tributaria, por ejemplo, impide sancionar en un procedimiento administrativo paralelo, si hubiera

¹³¹ M. Ballbé Mallol y C. Padrós Reig (2004), *La Prejudicialidad Administrativa en el Proceso Penal*, Madrid: Thomson/Cívitas, pág. 179.

¹³² Art. 3 LECrim.

¹³³ Morcillo (2007: 422).

¹³⁴ STS 23 de septiembre de 2013, RJ 2013/8099, FD 3º. Incluso llama la atención que se trate de la actividad de un agente de policía implicado en delitos de narcotráfico, debido precisamente a la reiterada doctrina del TS en torno a la posibilidad de doble sanción en supuestos de relaciones de sujeción especial. En relaciones de sujeción especial, por ejemplo, los fundamentos jurídicos de las infracciones difieren y no se aprecia ídem. Cfr. SSTS 17 de julio de 2001, RJ 6885/2001, FD 5º y 16 de marzo de 2004, RJ 2629/2005, FD 5º, 6º y 7º.

¹³⁵ STS 25 de septiembre de 2017, RJ 2017/4418, FD 3º. Permite las liquidaciones tributarias o las sanciones si las mismas no están vinculadas a un posible delito.

¹³⁶ STC 204/1991, FJ 5º. Si bien las sentencias posteriores que enjuicien los mismos hechos han de someterse a la apreciación de los hechos realizada por sentencia firme, pueden justificar por qué se aparta de la valoración de la prueba

sido precedido por una condena penal firme por los mismos hechos¹³⁷. En cualquier caso, se entiende que la acción debe corresponder a infracciones administrativas que protegen idénticos bienes jurídicos¹³⁸. Así, la emisión de facturas falsas de IVA, reprochada como actividad delictiva, no impide que se le castigue a la misma empresa por vulnerar las normas sobre el impuesto de sociedades, pese a que pueda mediar una conexión medial o final entre ambas conductas¹³⁹.

Se ha afirmado en diferentes instancias que la sentencia condenatoria en lo penal implica la absolución inmediata en la vía administrativa¹⁴⁰. Esta tesis debe matizarse con fundamento en algunos fallos antes citados. El TC prohíbe la contradicción en torno a los hechos, pero no en cuanto a su calificación jurídica. Los hechos declarados probados vinculan a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa si la sentencia en lo penal es firme. Nada impide que la Administración abra un procedimiento sancionador por los mismos hechos, al entender que difieren los bienes jurídicos que protegen ambos ilícitos ¿Podría la Administración o la jurisdicción añadir hechos o llevar a cabo actos de investigación al objeto de perseguir las infracciones administrativas? Podría responderse afirmativamente si los hechos nuevos no guardan contradicción

¹³⁷ Art. 180.1 LGT Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). Véase STS 3 de noviembre de 2011, RJ 2012/1854, FD 1º. E. Moreno y Bravo y S. Iglesias Machado (2006), «La Prohibición de la Duplicidad de Sanciones y el Principio “*Non bis in ídem*” desde la Jurisprudencia Constitucional y Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 89, pág. 81.

¹³⁸ Cayón (2016: 18) sostiene que la nueva reforma tributaria ha venido concediendo potestades a la Administración que invaden materias que, hasta el momento, se encontraban bajo la preferencia de la jurisdicción penal.

¹³⁹ STS 25 de septiembre de 2017, RJ 2017/4418, FD 3º y SAN 18 de enero de 2016, JUR 2016/36355, FD 3º. En la primera sentencia se resume la doctrina que se ha ido aplicando hasta prácticamente la actualidad. La Administración tributaria podrá girar las liquidaciones que no estén vinculadas con los presuntos delitos fiscales que se hayan podido cometer, sin perjuicio de revisar las mismas si no se adecúan a los hechos declarados probados en la vía penal. Por ejemplo, dado que en el proceso penal se ventiló la defraudación de las cuotas por IVA en función de unos hechos, estos deben tomarse en consideración por la Administración tributaria. De ahí que se anulasen los actos de liquidación y las sanciones impuestas previamente por este concepto. Los actos relativos al IRPF, sin embargo, no debían haber sido anulados porque estos no constituían delito, tal y como se expuso en un voto particular de la sentencia.

¹⁴⁰ STS 12 de marzo de 2013, RJ 2013/2995, FD 2º. Se le imputaba un delito contra la flora y la fauna y con posterioridad se le sancionó por una infracción administrativa en materia de fauna silvestre. La sentencia de instancia revocada se fundamentaba en la estricta aplicación de la Ley de caza y, fundamentalmente, en la valoración de la prueba llevada a cabo en sede administrativa y posteriormente jurisdiccional.

o incoherencia con los ya declarados probados o permiten esclarecer más las circunstancias para imputar la infracción correspondiente¹⁴¹.

Cabe interrogarse en torno al tipo de resolución, emanada de la jurisdicción penal, que le vincula a la Administración si se trata de una sentencia firme. El auto de sobreseimiento provisional no puede fijar un relato fáctico con carácter definitivo¹⁴². Sin embargo, el sobreseimiento libre permite declarar unos hechos probados que vinculan a la Administración, no tanto para evitar que inicie un nuevo procedimiento como para resolver conforme a lo dispuesto en esa resolución penal¹⁴³. Asimismo, también se había planteado la posibilidad de aceptar los acuerdos en vía judicial para determinar la pena, vigentes en diversos países europeos con motivo del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales al amparo del Convenio para la aplicación del Acuerdo de *Schengen* (CAAS)¹⁴⁴.

2. LA DUPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Cuando concurren procedimientos sancionadores, la actitud de la persona presuntamente responsable adquiere cierta importancia. A diferencia de la acumulación con el proceso penal, las sanciones pueden ser más parejas y, a efectos de evitar castigos adicionales, conviene que la persona presuntamente

¹⁴¹ Es evidente que esa infracción debe revestir un fundamento jurídico distinto.

¹⁴² STJUE 29 de junio de 2016, C-486/14, *Kossowski*, ap. 42. Se refiere a la aplicación del Convenio de Aplicación del Convenio de *Schengen* (CAAS), cuando una persona ha sido previamente juzgada en un país. En este caso se declaró un sobreseimiento que no examinaba el fondo del asunto, por lo que no había un doble procedimiento como tal. Así, pone de manifiesto que la investigación no se llevó a cabo con la suficiente exhaustividad y profundidad. Asimismo, la STC 60/2008, FJ 9º consideró que los autos de sobreseimiento libre no comportaban resolución alguna sobre el fondo del asunto.

¹⁴³ Cfr. C. M. Díaz Barrado y M. B. Sánchez Domingo (2010), «El principio non bis in ídem: algunas consideraciones dogmáticas (Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 6ª, de 22 de diciembre de 2008, As. C-491/07)», *Noticias de la Unión Europea*, 307, págs. 134-137. Ponen de manifiesto que algunas resoluciones de sobreseimiento han dado lugar a la aplicación del *non bis in ídem* por considerarse sentencias firmes. Asimismo, M. Do Carmo *et al.* (2017: 507). Alarcón (2008: 165) entiende de forma más amplia el término resolución judicial que declara unos hechos probados, sin atender tanto al carácter libre o provisional del sobreseimiento.

¹⁴⁴ M. Pérez Manzano (2015), «Sobre la legitimidad y la necesidad de las limitaciones a la prohibición de incurrir en bis in ídem en un contexto transfronterizo europeo. A propósito de la STJ 27.05.2014 (Gran Sala), as. *Zoran Spasic* (C-129/14PPU)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 54.

responsable comunique a uno de los órganos competentes la sustanciación de otro procedimiento por los mismos hechos y, sobre todo, por idéntico fundamento contra ella¹⁴⁵.

Aun así, la jurisprudencia se muestra reacia a la estimación del *ídem*, es decir, de la identidad de fundamento. En muchas ocasiones, se tiende a considerar infracciones distintas, no por un análisis concienzudo del bien jurídico o interés que trata de preservar la infracción, sino por el solo hecho de estar tipificado en una norma distinta que, en principio, trata de tutelar unos derechos o intereses diferentes¹⁴⁶. En otras, en cambio, más que la apreciación de la identidad de fundamento, se propone moderar la sanción con arreglo al principio de proporcionalidad. Esta solución se ha contemplado en la ley vasca de la potestad sancionadora, no solo en aplicación del principio *non bis in ídem*, sino también en la previsión de los concursos de infracciones, especialmente el medial¹⁴⁷. Esta alternativa resulta procedente, por ejemplo, en caso de que concurren los mismos hechos y estos puedan conllevar infracciones que presentan un fundamento distinto¹⁴⁸.

En la tramitación de los procedimientos ante el TJUE, la legislación no obliga a la suspensión automática del procedimiento sancionador cuando el órgano competente tuviera noticia de la iniciación de un procedimiento por los mismos hechos ante el TJUE¹⁴⁹. Aquí esencialmente prima el valor de las sentencias del tribunal europeo que se ha decantado habitualmente por mantener un sistema de compensación de las sanciones cuando se hayan juzgado por los estados en función de criterios de proporcionalidad¹⁵⁰.

¹⁴⁵ STC 94/1986, FJ 4º. El TC se refiere en este caso a la vulneración de la misma normativa.

¹⁴⁶ Nieto (2005: 475). Asimismo, J. Garberí Llobregat (1997), «Principio “non bis in ídem” y cuestiones de prejudicialidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, págs. 95-97.

¹⁴⁷ Art. 17 Ley 2/1998, de 20 de febrero, vasca de la Potestad sancionadora. Cfr. I. Lasagabaster Herrarte (2002), «El principio non bis in ídem en la Ley de la potestad sancionadora vasca», en J. Echano Basaldua (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, pág. 1077.

¹⁴⁸ Cubero (2010: 156 y 157).

¹⁴⁹ Al respecto, art. 26.1 Ley 2/1998, de 20 de febrero, vasca de la Potestad sancionadora. Conforme al art. 31.2 LRJSP, la Administración tendrá en cuenta la sanción impuesta en las instancias europeas.

¹⁵⁰ En la aplicación del Convenio de *Schengen* el TJUE ha considerado que no se produce bis en caso de que se le haya condenado previamente al pago de una multa y con posterioridad a una pena privativa de libertad. Cfr. STJUE 27 de mayo de 2014, C-129/14, *Zoran Spasic*, ap. 75. Di Federico (2011: 256) se refiere, incluso, a un concurso de normas por el que la sanción comunitaria consume o embeba la interna.

Aquí pueden suscitarse problemas de diverso orden. Los órganos administrativos tienden a hacer prioritaria la eficacia, rapidez y agilidad de su actuación en detrimento de las garantías del justiciable¹⁵¹. Por ello, pese a que, en principio, pueden advertir la posible concurrencia con otros bienes jurídicos, deciden no paralizar sus respectivos procedimientos o no promueven mecanismos de coordinación para evitar un castigo desproporcionado, al margen de los costes y la incertidumbre que conlleva acudir a la jurisdicción¹⁵². Así, se incrementa el riesgo de procedimientos administrativos paralelos o de estos últimos con procesos contencioso-administrativos¹⁵³.

Desde luego, la preferencia jurisdiccional está fuera de toda duda cuando el juez o tribunal contradice los hechos de una resolución administrativa aun siendo firme. El problema surge cuando los procesos son paralelos en la vía contencioso-administrativa. La colaboración del justiciable se presenta fundamental, al facilitar la acumulación o, incluso, la suspensión de uno de los procesos y evitar el doble enjuiciamiento¹⁵⁴. La ley vasca de la potestad sancionadora ha contemplado los acuerdos entre órganos administrativos al objeto de imponer la sanción más acorde con el principio de proporcionalidad, si bien teóricamente se suscitan otros problemas, como el carácter irrenunciable de la competencia administrativa o las dificultades prácticas para que los órganos cedan a otros un cierto grado de poder¹⁵⁵.

En cualquier caso, aunque se trate de órganos jurisdiccionales diferentes, la información que aporta la persona acusada puede ser determinante para decidir la suspensión de los procesos. De ese modo, cuando finalice uno de ellos por cosa juzgada, se habrá determinado un relato fáctico que facilitará la labor del otro órgano jurisdiccional y contribuirá a dotar de mayor seguridad jurídica a las personas interesadas. Aquella puede solicitar la suspensión basada en las mismas razones por las que puede invocarse la litispendencia, es decir, la identidad de sujetos, hechos y objeto de pedir en el proceso.

Como puede apreciarse, no se encuentra una solución razonable que en todos los casos evite el doble enjuiciamiento, especialmente si el legislador no

¹⁵¹ I. Lasagabaster Herrarte (2006), «Art. 27. Concurrencia con otros procedimientos sancionadores», en Lasagabaster (dir.), *Ley de la Potestad Sancionadora...*, cit., pág. 402.

¹⁵² Alastuey y Escuchuri (2011: 84).

¹⁵³ Torres (2000: 43).

¹⁵⁴ Puerta (2009: 226) afirma que esta solución también se ha adoptado en la legislación de tráfico.

¹⁵⁵ Art. 27 Ley 2/1998, vasca de la Potestad Sancionadora. Cfr. También Lasagabaster (2002: 1080). Respecto a los problemas para alterar las competencias, cfr. J. M. Rodríguez de Santiago (1996), *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid: Marcial Pons, pág. 266.

define con plena certeza y taxatividad el bien jurídico que protege la norma ante un determinado riesgo¹⁵⁶. Además, esa labor entraña atribuir la competencia al órgano administrativo encargado de proteger el mismo y, en consecuencia, habilitado para sancionar¹⁵⁷. Esto complica enormemente los mecanismos de coordinación entre administraciones u órganos, si no se aprueba una norma habilitante para elaborar acuerdos de colaboración puntuales en determinadas materias entre órganos o administraciones¹⁵⁸.

V. CONCLUSIONES

Primera. El concepto del principio *non bis in ídem* se sustrae a cualquier juicio en torno a la proporcionalidad de la sanción impuesta y su adecuación a la gravedad de los hechos. El fundamento radica en el principio de legalidad, de modo que no pueden tramitarse dos procedimientos o imponerse dos castigos a las mismas personas por hechos ilícitos que tienen por objeto proteger los mismos bienes jurídicos. La sanción administrativa previa, amparada por la cosa juzgada, no puede ser desvirtuada por la calificación jurídica y la valoración de la prueba emanada de la jurisdicción penal.

Segunda. Debe analizarse el sentido material de los sujetos que han cometido los ilícitos, es decir, sobre qué patrimonio o en qué situación jurídica recae el reproche punitivo. Si el fundamento jurídico de los ilícitos es diferente y existe identidad en la autoría, no cabe el doble castigo o proceso, pero en este caso fallaría el *ídem* material no el subjetivo.

Tercera. Los tipos de las infracciones deben definir con exhaustividad y precisión qué bien jurídico trata de proteger la infracción. Todo ello evitaría la iniciación de procedimientos sancionadores nuevos o diligencias en el ámbito penal. Al menos, la norma no debe incurrir en duplicidades o triplicidades que, asimismo, pueden conllevar conflictos competenciales.

Cuarta. Los hechos no pueden desligarse de la vertiente material de la infracción, de manera que, si entre los bienes jurídicos protegidos por la norma sancionadora se apreciara una relación medial o causal en un contexto fáctico determinado, no puede descartarse el concurso de normas y la aplicación de una de ellas. Incluso si esa conexión entre bienes jurídicos dentro de una unidad de acción fuera íntima y estrecha, debería imponerse un solo castigo, como si se tratara de un concurso de normas. Ahora bien, para que esta labor

¹⁵⁶ Cayón (2016: 20).

¹⁵⁷ Gallardo (2008: 308).

¹⁵⁸ León (1998: 552).

pueda llevarse a cabo, es imprescindible que el mismo tipo infractor establezca la posibilidad de esa relación o vinculación entre bienes jurídicos, o la excluya completamente permitiendo en ese caso una acumulación de castigos.

Quinta. Se cuestiona la preferencia jurisdiccional penal en caso de que la jurisdicción contencioso-administrativa haya dictado una sentencia firme o, incluso, si se encuentra tramitando un proceso. Pueden valorar las pruebas de forma distinta y se les permite incorporar un material probatorio diferente en función del momento en que se está sustanciando la causa. Plantear la cuestión prejudicial ante el orden penal para los hechos que pudieran constituir un delito debe ser decidida por el órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo y, en virtud de su margen de apreciación, puede no suspender el proceso. La misma jurisdicción penal tampoco se encuentra obligada a plantear la cuestión prejudicial en este caso. De unos mismos hechos pueden deducirse distintos fundamentos jurídicos, del mismo modo que tampoco el elemento fáctico se encuentra plenamente definido porque pueden valorarse las pruebas de un modo distinto con suficiente apoyatura o sustento lógico. La misma suspensión obligatoria del procedimiento sancionador es una cuestión controvertida porque la Administración puede entender que los hechos no constituyen delito, si todavía no se han abierto diligencias en la sede penal.

Sexta. Como propuestas de solución a lo que hoy puede calificarse como una aporía jurídica completamente enquistada, pueden señalarse las siguientes: a) evitar las duplicidades en los fundamentos jurídicos de las infracciones por el legislador, así como afinar los tipos infractores adecuándolos a los bienes jurídicos objeto de tutela; b) en caso de que los procedimientos sean paralelos o simultáneos, debe comunicarse por las partes la posibilidad de que sean delito o infracción administrativa, ante lo cual inmediatamente debe establecerse un mecanismo de coordinación entre jurisdicciones que puede concluir en conflictos de jurisdicción; c) obligar a la jurisdicción contencioso-administrativa a plantear la cuestión prejudicial devolutiva a la penal si esta estuviera enjuiciando los mismos hechos y se alegase la excepción de litispendencia por cualquiera de las partes. Esto comporta la suspensión del proceso contencioso-administrativo; d) la Administración debe suspender inmediatamente el procedimiento sancionador desde el momento en que tenga constancia de la apertura del proceso penal por los mismos hechos contra idénticas personas; e) en caso de que se incoen procedimientos sancionadores concurrentes sobre los mismos hechos, deben habilitarse sistemas avanzados y acordes a la LRJSP, una alerta electrónica, al menos entre órganos de la misma Administración, que mejoren los mecanismos de coordinación y eviten la duplicidad de castigos y procedimientos sobre unos mismos hechos.