

LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SANCIONADORA A LA APRECIACIÓN PENAL DE LOS HECHOS

CÉSAR CIERCO SEIRA Y EDUARD-VALENTIN PAVEL
Universidad de Lleida

Cómo citar/Citation

Cierco Seira, C. y Pavel, E. V. (2022).
La vinculación de la Administración sancionadora
a la apreciación penal de los hechos.
Revista de Administración Pública, 218, 63-100.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.02>

Resumen

El principio *ne bis in idem*, en su vertiente de proscripción del doble enjuiciamiento, tiene tras de sí una esforzada construcción que ha dado pie a diferentes reglas de articulación operativa entre los dos planos secuenciales, penal y administrativo-sancionador, de nuestro sistema. Una de esas reglas, positivizada en el art. 77.4 de la LPAC, enseña que los hechos declarados probados en resoluciones penales firmes vincularán a la Administración sancionadora. Vinculación que, vista con las lentes del particular, se convierte en un arma de doble filo: puede bloquear definitivamente el curso del procedimiento administrativo si se produce, paradigmáticamente, una declaración de inexistencia, pero cabe también, por el contrario, que facilite a la Administración la imposición de la sanción por haber quedado acreditados en sede penal los hechos esenciales de la infracción. El objeto de este trabajo es profundizar en la explicación y encaje dogmático de este singular registro de fuerza positiva de los hechos penales, analizando qué cariz le imprime la práctica, y ello con el propósito último de tratar de fortalecer la manera de concebir su función garantista, señaladamente en lo que hace a la virtualidad de la sentencia absolutoria por falta de prueba.

Palabras clave

Ne bis in idem; derecho a no ser enjuiciado dos veces; hechos penales; cosa juzgada.

Abstract

The *ne bis in idem* principle, in its aspect of the prohibition of double prosecution, has behind it a laborious construction that has given rise to different rules of operational articulation between the two proceedings levels, criminal and administrative, of our system. One of those rules, mentioned in the Art. 77.4 of the LPAC, provides that the facts declared proven in final criminal resolutions will bind the Administration. Connection that, seen through the lens of the individual, becomes a double-edged sword: it can definitely block the course of the administrative procedure if, paradigmatically, a declaration of non-existence is produced, but it may also, on the contrary, facilitate the Administration the imposition of the sanction for having been accredited in criminal proceedings the essential facts of the infraction. The purpose of this work is to delve into the explanation and dogmatic fit of this unique record of positive force of criminal factum, analysing what aspect the practice prints on it, and this with the ultimate purpose of trying to strengthen the way of conceiving its guarantee function.

Key Words

Ne bis in idem; the right not to be prosecuted or tried twice; criminal facts; *res judicata*.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ORIGEN, LA JUSTIFICACIÓN Y LA MATIZACIÓN DE LA FUERZA VINCULANTE DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS EN UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL PENAL FIRME: 1. «Unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado». 2. La matización y relativización de la vinculación positiva del *factum* penal: 2.1. *La absolución penal por falta de prueba no bloquea el desarrollo de la actividad sancionadora administrativa.* 2.2. *El relato penal pierde su fuerza vinculante fuera del circuito punitivo.* 3. La vinculación de la Administración sancionadora desde la construcción teórica de la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada penal. 4. La vinculación como posible expresión de la garantía del doble enjuiciamiento permitido según las enseñanzas del TEDH. III. LA ABSOLUCIÓN EN GRADO DE NEUTRALIZAR LA ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SANCIONADORA. LA INFLUENCIA DE LA APRECIACIÓN PENAL EN SU CONJUNTO, DESEMBOQUE O NO EN HECHOS PROBADOS: 1. La distinción basililar entre la inexistencia y la falta de prueba a los efectos de la continuación del procedimiento sancionador. 2. Crítica a la reiteración del intento probatorio y/o a la posibilidad de que la Administración dé por probados hechos comunes que fueron objeto de indagación penal específica. 3. Algunos signos de esta línea de entendimiento en la jurisprudencia. IV. LA ABSOLUCIÓN QUE SIRVE DE PALANCA PARA EL EXPEDIENTE SANCIONADOR. V. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La articulación entre los dos planos de nuestro *ius puniendi* es como uno de esos rompecabezas inacabables. Toca discurrir y seguir discurriendo porque el asunto, amén de complejo, es cotidiano y, por tanto, sometido a la erosión, a los vaivenes y a esa dosis de asombro que trae consigo el día a día de un sistema punitivo. Y eso incluye numerosos ajustes puntuales, ejercicios acaso menos atractivos en el viaje conceptual, por no volar tan alto, pero importantes para la armonía del conjunto.

Según su explicación convencional, el principio *ne bis in idem*, en su vertiente procesal, adjetiva o formal —los tres adjetivos se intercambian comúnmente—, proscribe la doble incriminación, de suerte que nadie podrá ser

perseguido dos veces por los mismos hechos. La concreción de esta prohibición de doble persecución resulta particularmente esquiva allí donde, como sucede en España, conviven dos planos en la reacción punitiva; planos que se desarrollan por cauces y ante autoridades de naturaleza diversa. Sea como fuere, dos reglas fundamentales actúan como pared maestra de la estructura.

A. La primera regla pretende enderezar las cosas desde el principio, preservando a todo trance la preferencia cronológica del proceso penal: «El orden jurisdiccional penal es siempre preferente»¹. Por consiguiente, allí donde la Administración aprecie caracteres criminales en los hechos que conoce debe pasar el tanto de culpa a los tribunales penales, interrumpiendo *medio tempore* el expediente sancionador. La garantía adjetiva se expresa evitando el enorme desgaste que supondría contender en varios frentes a la vez². Aunque aparentemente meridiana en su significación y formulación, lo cierto es que su puesta en práctica no está exenta de intrincados problemas. Qué decir, si no, del vendaval que trajo consigo la STC 177/1999, de 11 de octubre. La apreciación de apariencia criminal puede fallar, lo mismo que la comunicación entre Administración y tribunales. La interrupción, pues, aun debida, puede no activarse por error, despiste o desconocimiento. Y no solo eso. Después aguardan todos los detalles acerca de esa paralización que, en buena lógica, no puede ser sinónimo de abandono, lo cual, a su vez —y sin ir más lejos— pone sobre el tapete el régimen de *stand by* del expediente sancionador paralizado, con cuestiones tan atractivas como la pervivencia de las medidas provisionales destinadas a cubrir espacios que queden fuera de los márgenes del proceso penal—por ser bienes jurídicos distintos, por ejemplo, los tutelados en la infracción—.

B. La segunda regla busca atar el resultado final haciendo prevalente la resultancia fáctica penal y dotando de coherencia al sustrato de partida. Aparece consignada en el art. 77.4 de la LPAC y, dado que en ella pondremos el foco de nuestro análisis, conviene que reproduzcamos cuanto antes su tenor literal:

En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

Comprobado cierto un hecho en un juicio penal, la Administración está vinculada a reconocerlo tal cual. Pues bien, el objetivo de este trabajo es el de

¹ Así reza el art. 44 de la LOPJ.

² Que de ello se traiga como corolario la preferencia ontológica del proceso penal, su prioridad de results del propio *ne bis in idem*, es asunto que se presta a discusión, especialmente a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Véase A. Bueno Armijo (2021), «El principio “hon bis in idem” en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del ordenamiento español», en *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (2021), Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, págs. 271-307.

tamizar esta previsión. No porque pretendamos rebatir su fundamento, que sería tanto como cuestionar la mayor calidad epistémica del proceso penal. Nuestra intención es demostrar que cabe margen de mejora en su operatividad, advirtiendo de las disfunciones a que, tanto por defecto como por exceso, puede llevar un entendimiento ritual de su misión.

II. EL ORIGEN, LA JUSTIFICACIÓN Y LA MATIZACIÓN DE LA FUERZA VINCULANTE DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS EN UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL PENAL FIRME

1. «UNOS MISMOS HECHOS NO PUEDEN EXISTIR Y DEJAR DE EXISTIR PARA LOS ÓRGANOS DEL ESTADO»

La búsqueda de los mimbres del art. 77.4 de la LPAC conduce directamente a la jurisprudencia constitucional elaborada en torno al *factum* penal y su virtualidad para con la articulación de los dos planos, el penal y el administrativo, del *ius puniendi*.

Esta jurisprudencia arranca con la STC 77/1983, de 3 de octubre. Se contienen en ella algunas de las claves fundamentales que todavía explican la articulación entre esos dos planos. Importa recordar brevemente el supuesto enjuiciado. Una llamada telefónica falsa alertando de la explosión de un artefacto en el Gobierno Civil dio origen a una causa por desórdenes que finalizó con sentencia absolutoria toda vez que no se había podido acreditar la autoría concreta de dicha llamada. Concluida la vía penal, se dio curso a un procedimiento sancionador en aplicación de la Ley de Orden Público a la sazón vigente, llegándose al término a la conclusión de que concurrían elementos probatorios suficientes para atribuir la autoría de la referida llamada telefónica a quien en vía penal había sido absuelto por falta de prueba de cargo.

Una tal contradicción se reputará contraria al principio *ne bis in idem* en sede de amparo constitucional. Argumentará a tal efecto el TC que nuestro sistema sancionador exige establecer límites a la potestad sancionadora de la Administración por mor del art. 25 de la CE, siendo uno de esos límites el de la subordinación a la autoridad judicial. De esa premisa, la de la *subordinación* —es este el término empleado—, se desprenderían a su vez una serie de corolarios, entre ellos la necesidad de asumir la verdad jurídica fijada en la sentencia penal. No significa ello que la Administración se vea desposeída de toda autonomía operativa; tendrá plena libertad a la hora de efectuar la calificación jurídica de la conducta con arreglo al régimen sancionador de turno. La perspectiva jurídica queda a salvo. Sin embargo, en lo concerniente a los hechos, la cosa cambia: el relato penal va a desplegar un efecto positivo, una fuerza vinculante con el signo de la cosa juzgada. Valga este fragmento como expresión de la esencia del argumento construido por el TC:

El principio «non bis in ídem» determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (FJ 4).

Es esa célebre coda, *unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado*, la que ha quedado grabada en bronce y la que gusta de repetir en las exposiciones sobre el principio *ne bis in idem*. Y, siendo esto así, parece razonable dar prevalencia al relato penal por un motivo poderoso: el proceso penal permite obtener una descripción de lo ocurrido de mayor calidad epistémica; persigue una verdad de mayor solidez, opera con un estándar de prueba más exigente y tiene a su alcance pruebas más incisivas. Parámetros que, se mire como se mire, son superiores a los que puede alcanzar el procedimiento administrativo, así sea en su mejor expresión.

Como postulado, la frase ha hecho, sin duda, fortuna. Es más, la argumentación se ha reforzado gracias a dos líneas de razonamiento adicionales. De una parte, la que trae consigo la *seguridad jurídica* en tanto que valor o principio reconocido en el art. 9.3 de la CE. Después de todo, hay en la cosa juzgada una búsqueda última de seguridad y aun de armonía, que es la que proporciona una realidad histórica única de referencia a la hora de imponer un castigo, sea en su vertiente penal o administrativa. De otra parte, el derecho a la *tutela judicial efectiva*, que incorporaría en su interior el derecho a obtener acerca de unos mismos hechos una narración «inequívoca» aun cuando sobre ellos se pronuncien dos autoridades diferentes.

Probablemente, estas líneas de argumentación sean en buena medida reiterativas. La roca firme sobre la que se sienta la vinculación de la Administración al relato fáctico penal radica en el principio *ne bis in idem*. Nace, así pues, con la vocación de ser límite a la potestad sancionadora de la Administración o, visto desde el otro lado, como garantía del particular. Podríamos ser aún más precisos. La fuerza vinculante del *factum penal* vendría a ser expresión de la faceta formal o procesal del referido principio. Así lo tiene afirmado el TC³; y así viene considerándose de

³ En la importante STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), donde se desgranaban las claves del derecho a no ser sometido a un doble procedimiento punitivo. A ella siguió la STC 152/2001, de 2 de julio, y, más tarde, la STC 2/2003, de 16 de enero. Como es bien conocido, esta última vino a corregir el rumbo en lo concerniente a los efectos que había que conceder al desconocimiento de la preferencia del proceso penal en términos de vulneración del derecho a no padecer *bis in idem*, blindando tal primacía.

manera sistemática por el TS⁴, lo mismo que por la doctrina científica, si bien con algunas precisiones dogmáticas relevantes sobre el exacto fundamento de la regla⁵. Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente la garantía que porta consigo la cosa juzgada positiva? ¿Cómo se manifiesta en concreto?

La cuestión es trascendente porque si ceñimos la vinculación a la existencia de los hechos, ya en su versión objetiva que subjetiva, la doctrina constitucional pierde mérito y potencia. Como ya se ha apuntado y como veremos, en el debate acerca del alcance de la eficacia positiva de la cosa juzgada penal existe de antiguo acuerdo en lo que se refiere a la inexistencia. Allí donde el juez penal declara que unos hechos no se han producido o que no ha participado en ellos la persona inculpada se pone un punto y final que bloquea sin reservas la acción sancionadora de la Administración. De ahí que pueda hallarse en los anales preconstitucionales del TS algún signo de ese rastro⁶. Ahora bien, el tema de la STC 77/1983,

⁴ Es ya doctrina consolidada de nuestro TS la que enseña que, en su vertiente procesal, el principio *ne bis in idem* se traduce en la preferencia del orden penal y esa preferencia, a su vez, trae consigo dos reglas ulteriores: la paralización del procedimiento sancionador en tanto recaiga una resolución penal y la vinculación a la declaración de hechos probados que la misma contenga. De su plena vigencia en nuestros días son testimonio, entre muchas, las SSTs de 11 de febrero de 2010 (rec. 8980/2004) y de 28 de noviembre de 2011 (rec. 3275/2009).

⁵ Clarificador y muy completo el análisis de L. Alarcón Sotomayor (2008), *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid: Iustel. La autora, eso sí, se muestra crítica con la razón convencional del nexo entre la regla de la vinculación y la prohibición de doble castigo (págs. 99-107).

⁶ En efecto, antes del advenimiento de la CE, en algunos recursos se había intentado argumentar como base para anular la sanción administrativa impuesta la existencia de una sentencia penal absolutoria —también, de un sobreseimiento— en relación con esos hechos. El TS, instalado a la sazón en el conocido paradigma de la independencia —L. Martín-Retortillo Baquer (1971), «Sanciones penales y sanciones gubernativas», en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Universidad de Salamanca, págs. 9-18— tenía establecido que, como lógico corolario de tal postulado, una resolución penal favorable no representaba escollo alguno para el desempeño sancionador: «Que la circunstancia de que los hechos originarios del expediente que motiva este recurso, hayan determinado un procedimiento sumarial, seguido de juicio que terminó con un veredicto absolutorio, no enerva la eficacia de las actuaciones administrativas, ni prejuzga en orden al resultado de ellas, pues un mismo hecho procesal puede ofrecer aspectos y valoración jurídica diferentes [...] y por todo ello debe apreciarse la perfecta compatibilidad de la sanción gubernativa con un procedimiento penal anterior, siquiera éste, a través de un veredicto de culpabilidad, haya terminado con una sentencia absolutoria» (STS de 30 de octubre de 1945, Ar. 1155). Circunscribía, por extensión, el alcance positivo de la cosa juzgada del siguiente modo: «la presunción de que la cosa juzgada debe ser tenida por verdad “res iudicata pro veritate habetur”, se contrae en el orden penal, determinadamente para los efectos de su trascendencia a otros ámbitos de jurisdicción, a los fallos de condena con base en una declaración explícita del hecho delictivo; pero no autoriza para que se otorgue el mismo valor presuntivo a las sentencias absolutorias cuyos fallos no implican necesariamente la

de 3 de octubre, no es de inexistencia, sino de absolución por falta de prueba del autor. Por eso el paso dado resulta así de trascendente, porque empuja al *ne bis idem* procesal a una evolución fuera de la zona de confort que marca la inexistencia. ¿Hasta qué punto van a lastrar los déficits penales de convicción la suerte de la siguiente etapa administrativa?

2. LA MATIZACIÓN Y RELATIVIZACIÓN DE LA VINCULACIÓN POSITIVA DEL FACTUM PENAL

Los hechos, como cosa de la realidad jurídica, no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Es fácil comprender, desde luego, la seducción de semejante aserto. Casi una suerte de axioma, fácilmente inteligible y de simple y bella formulación. De hecho, el TC no vaciló en destapar para la ocasión el tarro de las esencias, llegando a afirmar que se sustenta en «principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica»⁷. De modo que la lógica jurídica y el sentido común estarían detrás del feliz alumbramiento.

Pues bien, a pesar de tanta contundencia, lo cierto es que, lejos de asentarse como dogma intocable, la proscripción del doble relato fáctico va a ser objeto

afirmación de la inexistencia de los hechos que motivaron la causa, ya que el resultado pudo obedecer a la falta de elementos probatorios que dentro de la solemnidad del juicio acreditasen suficientemente la realidad de aquéllos». Pueden verse también, entre otras, las SSTS de 24 de noviembre de 1960 (Ar. 4190); de 15 de febrero de 1969 (Ar. 681); de 12 de marzo de 1973 (Ar. 1058); de 6 de noviembre de 1973 (Ar. 3951); y de 17 de junio de 1975 (Ar. 2358).

La posición de partida era muy clara, si bien parece que se admitían dos matices. Así, al menos en términos dialécticos, se aprecia en algunas resoluciones la asunción de la declaración de inexistencia penal como cierre absoluto, por influencia de la teorización proveniente del mundo civil (STS de 12 de marzo de 1973, Ar. 1058: «Que la sentencia absolutoria penal sólo produce autoridad de cosa juzgada en otras jurisdicciones cuando aquella declara categóricamente que un determinado hecho no acació, mas no cuando se limita a proclamar que el mismo no está probado [...]»). Puntualmente, de otra parte, se censuró a la Administración por no haber incorporado nuevos elementos probatorios a fin de justificar la sanción siendo que se arrancaba de una absolución penal previa (STS de 11 de marzo de 1965, Ar. 1272: «[...] la perfecta compatibilidad de la sanción gubernativa con un procedimiento penal anterior no debe motivar el que por ello se estime ligada a las declaraciones que verifiquen los Tribunales de Justicia, ya que puede tener elementos probatorios distintos de los que en juicio pudieron tenerse presentes [...], pero en sentido contrario debe asimismo establecerse que si por la Administración no se aportan nuevos elementos de juicio que determinen una imposición de sanción, no puede fundar su resolución punitiva sobre actuaciones verificadas ante el Juzgado instructor del sumario [...]»).

⁷ La invocación, que después será repetida en muchas otras sentencias, aparece en la STC 24/1984, de 23 de febrero (FJ 3).

tempranamente de una labor de matización e incluso de relativización a cargo del propio TC.

Una labor en la que se reconocen dos grandes líneas. La primera vendrá a perfilar el efecto de la absolución penal sobre el ejercicio administrativo sancionador en el sentido de rechazar como resultado final discursivo una suerte de cierre automático radical de cualquier respuesta punitiva por parte de la Administración (A). La segunda servirá para rebajar la exigencia de unicidad fáctica fuera del circuito sancionador, admitiéndose la disparidad de apreciaciones y de valoraciones de una misma conducta extramuros de lo punitivo (B).

2.1. *La absolución penal por falta de prueba no bloquea el desarrollo de la actividad sancionadora administrativa*

El TC va a precisar que la supeditación de la Administración a los resultados fácticos de la indagación desarrollada en el proceso penal no equivale a transformar toda absolución en una liquidación de la acción sancionadora administrativa. El poder de corrección sobre los servidores públicos abrió la veda. En efecto, en la STC 98/1989, de 1 de junio, el TC rechazó el amparo impetrado por un magistrado sancionado con la separación del servicio en vía disciplinaria a pesar de haber sido absuelto penalmente. No se apreció en este supuesto ninguna quiebra de la proscripción del *ne bis in idem* por dos razones. Antes que nada, por la distinta óptica aplicada en cuanto a la valoración de la conducta. Y, sobre ello, por la ausencia de disparidad en la esfera de los hechos:

La diferencia entre ambas resoluciones reside en el terreno de la calificación jurídica de lo que constituye un mismo soporte fáctico; esto es, de unos hechos, que en el ámbito penal son valorados de manera diferente de la que resulta de su apreciación en el orden disciplinario. La resolución recaída en el orden penal no niega, pues, los hechos que posteriormente se recogen en el acuerdo sancionador, sino que se limita a razonar en sus fundamentos jurídicos que los mismos no integran el ilícito penal que se imputa a los procesados (FJ 10)⁸.

He ahí un primer corolario de esta construcción. Después de una absolución penal, la Administración puede servirse del relato establecido para proyectar sobre el mismo su potestad sancionadora. Subordinada a los hechos, sin contradecirlos, se trataría solamente de aplicar una norma punitiva diferente, no considerada por el órgano judicial penal por entrar dentro de la competencia sancionadora administrativa. Mismos hechos, distintas valoraciones, distintas normas y distintos aplicadores.

⁸ Más adelante: AATC 600/1987, de 20 de mayo y 413/1990, de 26 de noviembre.

2.2. El relato penal pierde su fuerza vinculante fuera del circuito punitivo

La vinculación a los hechos penales deja de operar cuando salimos del ecosistema sancionador y, por tanto, de la singular espiral que trazan las relaciones pena-sanción. En su lugar, puesto que la armonía no es valor que quepa sacar de la ecuación, el TC va a dar forma también tempranamente a un nuevo canon o estándar de relación factual entre procesos sucesivos caracterizado por la rebaja del grado de incidencia: la vinculación se transformará extramuros en lo que podríamos denominar influencia razonable⁹.

A tenor del canon de la influencia razonable, el *factum* penal volcado sobre un proceso o procedimiento posterior de carácter no sancionador pierde su fuerza o eficacia vinculante. Lo cual no significa que en el segundo proceso o procedimiento quepa ignorar sin más ni más el relato y el trabajo epistémico que este expresa. Habrá de ser tomado en consideración, pero el juez o la Administración —no sancionadores— podrá apartarse de manera justificada. Se admite, en definitiva, una versión distinta e incluso, en el extremo, una contradicción, con tal de que haya una explicación racional a la discrepancia sobre el relato.

En la influencia razonable encuentra el TC una solución equilibrada. De entrada, se mantiene en pie el respeto a la armonía, corolario del principio de seguridad jurídica, en tanto que se exige que el juez o la Administración posterior tenga en cuenta el relato penal en su representación de los hechos. Se preserva, al propio tiempo, la libre valoración de las pruebas practicadas por parte del órgano decisor —dentro de las cuales figurará el pronunciamiento penal como una más—. Por otra parte, cuando la relación factual atañe a procesos judiciales, el canon se muestra respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva —y, más concretamente, con la legítima aspiración del justiciable de obtener una respuesta unívoca por parte de los órganos encargados de impartir justicia para una misma cuestión— por cuanto que deviene en inadmisibles el desconocimiento o el apartamiento caprichoso. La eventual contradicción con el relato penal necesita una explicación. O se asumen como ciertos los hechos declarados por la primera resolución o se justifica la distinta apreciación que se hace de los mismos.

Y no solo eso. Al reconducir el problema de la contradicción factual al asunto de la valoración racional de la prueba se vigoriza la virtualidad del segundo procedimiento en tanto que procedimiento contradictorio. El interesado, por tanto, podrá reformular su estrategia, contestando, rebatiendo la segunda apreciación con las pruebas pertinentes, si bien ello significa también

⁹ La STC 158/1985, de 26 de noviembre, nos ofrece ya una completa exposición de esta relativización. Se inscribe esta sentencia en la línea jurisprudencial desarrollada a propósito de las relaciones entre los órdenes penal y laboral respecto de la admisibilidad del despido luego de una absolución. Exponentes iniciales de esta línea son, también, las SSTC 24/1984, de 23 de febrero; 62/1984, de 21 de mayo; y 26/1985, de 8 de marzo.

que habrá de esmerarse, sin que valga la sola remisión a la absolución penal como parapeto insuperable.

Aunque expuesto así, sintéticamente, es fácil advertir que las claves de este canon de relación pivotan en torno al desconocimiento (i) y a la justificación exigida (ii). Si, por la razón que sea, el juez o la Administración posterior desconoce el relato penal —y aquí hay un aldabonazo a la articulación sistémica de la red procesal y/o administrativa— se incurrirá en un *vulnus* que va a comprometer el resultado final. Lo mismo de introducir en la narración apreciaciones contradictorias sin una explicación conveniente. Importará mucho, por consiguiente, que se arbitren los mecanismos comunicativos apropiados —sin descontar la buena fe de las partes— a fin de que las resoluciones judiciales penales lleguen a las causas conexas, es decir, con vistas a que los correspondientes testimonios se integren a tiempo en los segundos autos. A partir de aquí, pautas de racionalidad en la ponderación de los distintos elementos de prueba y de su valoración deberán explicar el eventual apartamiento.

Adviértase que este planteamiento facilita la convivencia de distintos estándares probatorios y, al cabo, la reafirmación de instituciones de atribución de responsabilidad basadas en parámetros epistémicos más relajados¹⁰. Es inevitable para ejemplificarlo traer a colación la responsabilidad civil en razón de su íntima conexión con la responsabilidad penal y, también, de sus divergencias en aspectos tan nucleares como la concepción y el abordaje de la causalidad como problema fáctico. Pues bien, el inocente penalmente puede ser responsable civilmente, sin que una tal afirmación entrañe una anomalía que sea contraria *ex natura sua* a la CE y al postulado según el cual unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado¹¹. Incluso aunque el material probatorio que sirva de base a la reconstrucción fáctica sea el mismo, el TC ha venido a admitir el contraste de sentencias sin objeciones de principio¹².

Ni que decir tiene que este canon de la influencia razonable acumula un rico recorrido en los pleitos de responsabilidad civil después de una absolución

¹⁰ En torno a los hechos y su inteligencia desde el derecho, y específicamente en lo que aquí nos ocupa, resulta de gran interés la investigación de M. F. Gascón Abellán (2010), *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons. En clave administrativa, véase la aguda aportación de L. Medina Alcoz (2016), «Los hechos en el Derecho Administrativo. Una aproximación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177, págs. 102-158.

¹¹ Sirva de muestra la STC 59/1996, de 15 de abril: se habían imputado al recurrente en vía civil unas lesiones de las que había sido absuelto en vía penal por no haberse podido acreditar su participación en las mismas. El TC rechazará el amparo con base en la argumentación que estamos comentando.

¹² Expresivas de la admisibilidad constitucional del fenómeno de sentencias que se sustentan sobre relatos fácticos diferentes relativos a unos mismos hechos son, por ejemplo, las SSTC 70/1989, de 20 de abril y 30/1996, de 27 de febrero.

penal¹³. Por extensión, también en situaciones asimilables de nuestro entorno más próximo, como es el caso de la responsabilidad patrimonial¹⁴.

Esto sentado, interesa parar mientes en la honda repercusión que tiene el canon de desvincular —que no desconectar— a la Administración no sancionadora. Porque no es infrecuente que, aparte de la sanción administrativa, una misma conducta haya de enfrentarse a otras consecuencias paralelas. La conducta irregular, muchas veces, activa no solo los resortes sancionadores de la Administración, sino que da pie a otras respuestas administrativas «negativas» —basta pensar en el ramo tributario y en las liquidaciones¹⁵ o, también, en las cuotas de la Seguridad Social¹⁶—. Respuestas que salen del ecosistema sancionador —son otro tipo de responsabilidades, si se quiere— y que toleran, en coherencia con lo aquí señalado, estándares probatorios más flexibles a la hora de declarar certezas y apreciar, al cabo, la concurrencia del supuesto de hecho que reclama la norma en cuestión¹⁷.

Importa mucho que el lector retenga también este segundo corolario. Vemos en él la distancia entre los dos cánones de relación factual entre procedimientos conexos: el de la vinculación estricta —que rige la imbricación entre el proceso penal y el procedimiento sancionador— y el de la toma en consideración

¹³ Lógico, por tanto, que haya sido motivo de una viva atención doctrinal. Para formarse una idea del estado de la cuestión, puede acudir, entre otros, a M. Fernández López (2018), «Prejudicialidad y vinculación a la declaración de hechos probados. En especial, la vinculación del juez civil a las sentencias dictadas en otro orden jurisdiccional», *Revista General de Derecho Procesal*, 46, págs. 1-25; C. Pérez del Valle (2021), «Responsabilidad civil, delito y coherencia del orden jurídico. De la absolución penal a la imprudencia», *InDret*, 4, págs. 205-239; y M. E. Clemente Meoro (2021), «Responsabilidad civil por ilícito civil y por ilícito penal y dualidad de jurisdicciones», en *Derecho de Daños*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 95-191.

¹⁴ En una primera aproximación, puede verse E.-V. Pavel (2020), *El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial*, Madrid: Tecnos, págs. 298-302.

¹⁵ Un repaso a la regulación contenida en el título VI (*Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda pública*) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, deja ver a las claras cómo de importante resulta esta derivada en la interconexión entre los delitos fiscales y el giro de la Administración tributaria.

¹⁶ Véase el art. 5 (*Concurrencia de sanciones con el orden jurisdiccional penal*) del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes de liquidación de cuotas de la Seguridad Social.

¹⁷ Aunque en el ramo tributario encontramos, como se ha señalado, los ejemplos más claros, interesa hacer hincapié en que también en otras esferas rige el mismo planteamiento. Bien curioso es, por citar un caso concreto, lo que acontece en la STS 274/1991, de 5 de febrero, a propósito de un concurso-oposición y la suplantación de un candidato en la prueba de natación —no probada para el juez penal, suficientemente acreditada para la Administración—.

motivada —aplicable al resto de casos—. Además, al contemplarlos conjuntamente, resulta más sencillo comprender que el primer canon, supuesto su grado de rigidez, tenga un ámbito aplicativo acotado; y que, fuera de ese ámbito, no quede un vacío insoportable, desentendido de la contradicción, sino otro tipo de conexión, rebajada, pero a la vez inspirada en la razonabilidad de la relación entre los procesos conexos.

Sendas ideas pueden apuntalarse todavía mediante la adición de una doble línea argumental: la construcción teórica de la cosa juzgada penal, a fin de explicar el carácter plausible, pero excepcional, de la fuerza positiva o prejudicial de los hechos (3); y, por otra parte, la jurisprudencia del TEDH, con vistas a reforzar la significación de la vinculación dentro del contexto de la garantía procesal dimanante del *ne bis in idem* (4).

3. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SANCIONADORA DESDE LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LA EFICACIA POSITIVA O PREJUDICIAL DE LA COSA JUZGADA PENAL

Cuando nos asomamos al estudio de la cosa juzgada penal advertimos que, dentro de la rica panoplia de problemas, figura el relativo a la incidencia que ha de tener hacia el futuro, no solo lo decidido por el tribunal penal, sino, también, su narración fáctica. El célebre procesalista F. Carnelutti, en un destacado trabajo, reflexionaba en tono crítico acerca de la potencia *erga omnes* concedida a la cosa juzgada penal, formulando una serie de agudas precisiones¹⁸. Ha pasado un siglo de ello. Aun con la distancia del tiempo y del ordenamiento, difícil que estas cavilaciones no nos evoquen lo dispuesto en nuestro art. 77.4 de la LPAC. No en vano, es este un precepto que suele colarse en las disquisiciones de nuestros procesalistas acerca del alcance del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material penal y, más concretamente, sobre la extensión de la *auctoritas iudicati* referida a las cuestiones de hecho: ¿hasta dónde es dado estirar la vinculación a los hechos materiales que el juez penal declara ciertos?

No se trata de llevar a cabo una exposición pormenorizada de ello y menos aún de terciar. Cumple significar que estamos ante una *vexata quaestio* que ha hecho cavilar a la doctrina procesalista desde hace tiempo y cuyo estudio científico no se ha cerrado todavía del todo¹⁹.

¹⁸ F. Carnelutti (1922), «Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata», *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, II, págs. 473 y sigs.

¹⁹ Así se desprende de un primer repaso a los manuales de Derecho Procesal Penal al uso. Entre ellos, cabe referir, J. V. Gimeno Sendra (2019), *Derecho procesal penal*, 3ª edición, Cizur Menor: Thomson-Civitas, págs. 881-897; J. Nieva Fenoll (2019), *Derecho procesal III. Proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 426-437; A.-J. Pérez-Cruz Martín (2020), *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 603-617; J. L. Gómez Colomer (2021), *Proceso penal. Derecho procesal III*, Valencia: Tirant lo Blanch,

En términos generales, parece que la tónica en el sentir procesalista es el rechazo a una fuerza positiva de la cosa juzgada penal en grado de proyectarse sobre un proceso penal posterior²⁰. Otro tanto en la jurisprudencia²¹. No es que no se aspire a la armonía o se tenga en poco el riesgo que entraña la contradicción para la coherencia sistémica y, en general, la seguridad jurídica del art. 9.3 de la CE. Lo que ocurre es que pesa más en la balanza la reunión y suma de otras tres poderosas razones. Primera: que el proceso penal, epistémicamente, no es infalible, por más que su estándar sea alto, el más cualificado. Cabe, por tanto, que la verdad decantada esté contaminada, por lo que atribuirle fuerza positiva a todo trance equivaldría a comprometer fatalmente, como un dominó, los eventuales procesos conexos —quien sabe incluso si favoreciendo un fraude original—. Segunda: que cada proceso tiene su propio desempeño probatorio y conviene, por eso mismo, que el órgano judicial llamado a enjuiciar los hechos conserve al máximo su libertad de apreciación. Y tercera: que la vinculación restringe los derechos de defensa en el proceso conexo, lo cual resulta difícilmente sostenible siendo que el primer relato fáctico fue determinado en un contexto dialéctico diferente. Digamos que el inculpado siempre va a defenderse con el ojo puesto en el posible desenlace de cada pleito, *hic et nunc*, por lo que no pueden intercambiarse simplemente los debates o considerarse suficiente el mantenido en otro proceso. Pues bien, esta tríada se estima más pesada que la búsqueda de unos niveles adecuados de armonía procesal; objetivo que, por otra parte, puede trabajarse desde otros ángulos: asegurando, sin ir más lejos, que la sentencia dictada en el primer proceso pueda ser valorada eficazmente como medio de prueba en el segundo —algo muy parecido al canon de la toma en consideración motivada o influencia razonable referido más arriba—.

El rechazo general al efecto positivo o prejudicial presenta, sin embargo, algunos matices. El principal, como ya nos consta, es el de la inexistencia. En el supuesto de que la resolución judicial penal afirme que tal hecho no ocurrió o que no lo cometió la persona acusada está asentado y es pacífico que ello debe vincular en lo sucesivo a eventuales procedimientos conexos. El contraste inexistencia-existencia se configura, así pues, como el grado más elevado de contradicción y como límite insuperable en cuanto a la armonía en la verdad jurídica. Adviértase,

págs. 561-562; Teresa Armenta Deu (2021), *Lecciones de Derecho procesal penal*, 13ª edición, Madrid: Marcial Pons, págs. 320-323; y Valentín Cortés Domínguez (2021), *Derecho procesal penal*, 10ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 521 a 524.

²⁰ Seguimos a este respecto la completa exposición del estado de la cuestión que ofrece L. M. Pérez Aguilera (2017), *El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

²¹ Expresivas de la línea actual de entendimiento del TS son, *ex multis*, las SSTs, Sala de lo Penal, de 24 de noviembre de 2021 (rec. 5776/2019); de 3 de junio de 2021 (rec. 3228/2019); de 23 de abril de 2021 (rec. 1665/2019); de 10 de febrero de 2021 (rec. 1324/2019); de 2 de diciembre de 2020 (rec. 593/2019); y de 21 de octubre de 2020 (rec. 2965/2018).

por lo demás, cómo puede seguirse el rastro de esta idea a lo ancho de nuestro ordenamiento jurídico, comenzando por el art. 116 de la LECrim, a cuya virtud: «La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, *a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer*».

Fuera de la inexistencia, el panorama de las precisiones se enmaraña en el sentido de que existen numerosas tesis particulares. Sea como fuere, hay coincidencia en señalar que el reconocimiento de eficacia vinculante a la cosa juzgada penal debería, en buenos principios, limitarse a escenarios concretos, detrás de los cuales encontrásemos el *quid proprium* necesario para explicar la reserva y contrarrestar la tríada de razones apuntada más arriba. De igual forma, por la excepcionalidad de la operación y su relevancia, parece oportuno que se reclame la *interpositio legislatoris* con el fin de que los márgenes de la precisión establecida queden bien establecidos²².

Pues bien, ¿acaso es el art. 77.4 de la LPAC uno de estos registros? Entendemos que sí. Es cierto que el legislador se ha esforzado más bien poco en dar explicaciones, pero, aun así, tampoco es difícil colegir la especificidad exigida²³. La vinculación tiene aquí cabida en razón de la singularidad que supone la subordinación de la Administración sancionadora a la actividad judicial penal; subordinación que nos aleja del paradigma de referencia, basado en la concatenación de procesos penales. Luego está la mayor calidad epistémica del proceso penal en comparación²⁴. En definitiva, hay un *punctum discriminis* evidente.

El porqué se infiere con facilidad. Sin embargo, se echa en falta el desarrollo del argumento, más siendo que hace excepción a la norma. Vale que la Administración esté subordinada. Pero de ahí a la vinculación positiva al *factum* penal media un largo trecho que merecería una explicación más elaborada. Por eso mismo, quedando el espíritu de la norma en la penumbra, el perfilamiento del precepto se resiente. Y es que la vinculación que establece el art. 77.4 se nos

²² Convinciente, en este sentido, la argumentación de A. De la Oliva Santos (2004), *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, págs. 559-570.

²³ No las hay en la exposición de motivos. Tampoco se extraen de la tramitación parlamentaria. Y lo mismo sucede si acudimos a su predecesora. El silencio es una señal evidente de que el art. 77.4 de la LPAC viene a recoger una regla que se tiene por asentada y pacífica.

²⁴ Razón por la cual el paradigma de la vinculación solo opera en un sentido, es decir, si, por la razón que sea, resulta que es la Administración quien determina en primer término los hechos, es obvio que ello no atará a la autoridad judicial penal: «De ello deriva que ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de intermediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 10; y ATC 98/2009, de 23 de marzo, FJ 6).

presenta de un modo absoluto, sin un criterio finalista que sirva de guía interpretativa, lo cual abre la puerta a que la norma sea utilizada como arma de doble filo: tanto a cuenta del particular como de la Administración. Ambos, en efecto, pueden intentar, como se justificará más abajo, arrimar, por así decir, la ascua a su sardina, buscando aprovechar la fuerza positiva de los hechos penales. No hay rastro de modulación *eventum litis* en el sentido de que solo se reserve la fuerza prejudicial para el caso de que beneficie al particular —*in utilibus*, no *in damno*, es decir, en cuanto sea propicia a los fines de la defensa—. Precisamente, cuando se repara en esta ambivalencia, surge la duda: en términos funcionales, ¿actúa el art. 77.4 más como garantía o como regla técnica de subordinación institucional? ¿Cuál de estas dos almas sobresale en la práctica? ¿Se pueden conciliar? ¿Están, en todo caso, debidamente compensadas?

4. LA VINCULACIÓN COMO POSIBLE EXPRESIÓN DE LA GARANTÍA DEL DOBLE ENJUICIAMIENTO PERMITIDO SEGÚN LAS ENSEÑANZAS DEL TEDH

En el origen de la explicación técnica del art. 77.4 de la LPAC reside la subordinación a los órganos judiciales penales. Pero, antes que eso, en la *ratio legis* anida el propio principio *ne bis in idem*. Toca, por consiguiente, preguntarse cuál es la virtualidad de este precepto en orden a tal fin último.

Se dirá sin falta que la vinculación positiva constituye una manifestación de la garantía procesal del *ne bis in idem*. Lo reitera una y otra vez nuestra jurisprudencia. Sin embargo, salvo que se asuma como *deus ex machina*, producto de la prevalencia del orden penal, cuesta explicar cómo ayuda exactamente esa vinculación a realizar la proscripción de doble enjuiciamiento. Porque el art. 77.4, con las lentes de la Administración puestas, en lugar de bloquear la acción sancionadora, puede ocasionalmente empujarla con fuerza, brindándole un sustrato fáctico incontrovertido sobre el que proyectar con seguridad el régimen sancionador de turno. Despista, por tanto, conceder el grado de garantía a lo que se revela como una inmejorable palanca a favor de la Administración y, a la postre, como el asidero idóneo desde el que confirmar la continuación administrativa de la absolución penal. Una absolución, pues, actuando como trampolín de un procedimiento sancionador. Un pronunciamiento exculpatario propiciando otro condenatorio: ¿cómo salir al paso de esta aparente contradicción²⁵?

²⁵ Significada tanto por penalistas —G. Quintero Olivares (1991), «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *Revista de Administración Pública*, 126, págs. 281-284— como por administrativistas —A. Nieto (1994), *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, págs. 430-435; y, en la misma línea, M. J. Gallardo Castillo (2006), «La concurrencia de sanciones penales y administrativas: una prohibición en desuso», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 61, págs. 55-88; y (2016), «El procedimiento sancionador tras la

Una primera respuesta puede provenir de la negación del bis procesal con base en la consideración de que la interdicción de la doble persecución tiene su ámbito natural de aplicación en la reiteración de procesos penales. Como aquí se trata de un procedimiento sancionador, parece atendible cuestionar, de entrada, la vulneración de la esencia última de la garantía sobre la base de entender que la situación de sujeción al procedimiento no es tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal. Tiene a su favor este enfoque el haber sido ya utilizado por nuestro TC en la importante STC 2/2003, de 16 de enero, precisamente para salir al paso de una situación de repetición palmaria: procedimiento sancionador con sanción y, sobre él, proceso penal con pena. Se apoyará en la sencillez (textualmente) de los expedientes administrativos de tráfico para descartar la vulneración del derecho a no verse sometido a un doble enjuiciamiento por los mismos hechos²⁶. De todos modos, conviene, si se sigue este camino, estar vigilantes. Porque, como el propio TC se cuidó de significar, enfilarlo es arriesgado²⁷. Resuena de fondo el dato capital de que el procedimiento administrativo sancionador, aplicando el rasero del TEDH, puede transmutarse en procedimiento penal en atención a su complejidad y a la entidad de la posible sanción —de fondo, los célebres criterios *Engel*—²⁸. Los conceptos autónomos de Estrasburgo

reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 179, págs. 111-139—.

²⁶ Argumento utilizado también a propósito de los expedientes disciplinarios de un interno penitenciario: «Ello permite excluir ya la existencia de vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal, al no ser posible equiparar los procedimientos disciplinarios sufridos por el recurrente con un proceso penal, a la vista de la poca complejidad de los hechos objeto de sanción, de la sencillez en la tramitación de los expedientes disciplinarios y de la naturaleza y entidad de las sanciones finalmente impuestas en el presente caso» (STC 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3).

²⁷ La advertencia es clara: «[...] teniendo en cuenta que del valor libertad (art. 1.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) derivan límites constitucionales para todo procedimiento sancionador que integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en el ámbito administrativo sancionador (art. 24.2 CE), no puede negarse que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal —por los mismos hechos y con el mismo fundamento— puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso, garantía ésta que comprende primeramente la interdicción de ser sometido a doble proceso penal. Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional» (FJ 8).

²⁸ En el art. 4 del Protocolo núm. 7 se recoge la declinación del principio *ne bis in idem* en el marco del Convenio de Roma y la que, en consecuencia, sirve de base al TEDH. En su aplicación, el tribunal ha tenido ocasión de establecer que la noción «procedimiento penal» es perfectamente predicable de ciertos procedimientos sancionadores. A título ejemplificativo, véanse los asuntos *Igor Tarasov c. Ucrania*, de 15 de junio de 2016, y *Mihalache c. Rumanía*, de 8 de julio de 2019.

pueden jugar malas pasadas a los esquemas excesivamente formalistas²⁹. En conclusión: la negación del bis procesal obliga a hacer abstracción de la naturaleza administrativa como categoría y, lejos de automatismos, exige comprobar caso por caso la envergadura del expediente sancionador seguido, con los claroscuros correspondientes³⁰.

Hay otro camino. El efecto positivo del *factum* penal puede explicarse asumiendo como punto de partida la existencia de un bis procesal en los casos de absolución penal y sanción administrativa. Esto sentado, se trataría de analizar a continuación si la duplicidad responde a un ejercicio cabal de la acción punitiva en su conjunto, según los cánones que se deducen de la jurisprudencia del TEDH.

En efecto, la proscripción del doble enjuiciamiento, parejo a la proscripción del doble castigo, no se erige en una prohibición absoluta o radical. Cabe el doble castigo y cabe, también, el doble enjuiciamiento. Eso sí, la reiteración, como fenómeno admisible, es excepcional, lógicamente, y, por ello, deberán respetarse una serie de condiciones. La proscripción del doble enjuiciamiento no es, pues, obstáculo a la combinación de proceso penal y procedimiento sancionador, pero sí impone ciertas exigencias a la yuxtaposición: «Article 4 of Protocol No. 7 does not exclude the conduct of dual proceedings, even to their term, provided that certain conditions are fulfilled»³¹.

²⁹ Una completa exposición en O. Bouazza Ariño (2021), «La doctrina de los conceptos autónomos en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 212, págs. 221-238.

³⁰ Todos conocemos, en efecto, la razón de la distancia entre el proceso penal y el expediente sancionador. Con todo, a fuerza de insistir en ella, se corre el riesgo de acabar en representaciones estereotipadas, presas de apriorismos y convenciones. Porque, parece llano que, al lado de los procedimientos sencillos, que, en efecto, son los más, encontramos un buen puñado de procedimientos sancionadores donde la sanción que aguarda resulta de gran entidad y ello se traduce en circuitos complejos, en debates dialécticos erizados de dificultades técnicas, en presencia letrada de ordinario, en dosieres kilométricos, y así siguiendo. La «pena de banquillo» admite, siquiera sea de una forma excepcional —reservada a la persecución de ciertas infracciones muy graves—, una versión administrativa que puede resultar bien incómoda. Quiere decirse con todo ello que este tipo de planteamientos categóricos difícilmente pueden resistir la confrontación casuística en un dominio así de extenso y diverso como es el que abarca el derecho administrativo sancionador. Incidía en ello B. Marina Jalvo (2003), «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem*», *Revista de Administración Pública*, 162, págs. 182-184.

³¹ La afirmación se encuentra en el importante caso *A y B c. Noruega*, § 130. Acerca de la relevante posición de este pronunciamiento en la evolución de la inteligencia de la dualidad procedimental y el principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia de Estrasburgo, véanse Y. Martínez Muñoz (2018), «A vueltas con el principio *non bis in idem* en materia tributaria a propósito de la STEDH de 15 de noviembre de 2016», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, Madrid: Sepín, págs. 277-293; M. García Caracuel (2018), «El principio “ne bis in idem” en la Jurisprudencia del TJUE y del TEDH», en *Diálogos judiciales en el*

En concreto, hace falta que esa sucesión tenga un orden y que no se trate de un puro ejercicio de repetición independiente de intentos punitivos fallidos. Asumido que la tramitación de un expediente sancionador puede entrañar ocasionalmente un doble juicio, importa que la duplicidad se aparezca como una eventualidad previsible, formando parte de una respuesta orgánica que, aun escalonada, obedezca a un todo. Como es lógico, no ha especificado el Tribunal de Estrasburgo la concreta manera de coser el proceso penal y el procedimiento sancionador subsiguiente. Ha señalado, eso sí, una serie de parámetros destinados a medir si los procedimientos han estado «sufficiently closely connected in substance and in time» de tal modo que su combinación refleje una manera integrada de proceder, formando al fin «a coherent whole»³².

No es este el lugar para examinar esos parámetros de conexión³³. Cumple fijarse en uno que atañe justamente a lo que aquí nos ocupa. Porque para el TEDH el sentido de exigir una conjugación procedimental tiene que ver también con evitar que se duplique innecesariamente la pesquisa, la indagación y la recopilación de pruebas, obligando al presunto infractor a tener que pasar por la probanza repetitiva de los mismos hechos, con el coste económico, el tiempo y las energías que ello puede representar. Así, será preciso analizar al valorar si ha existido o no una adecuada coordinación:

[...] whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection as well as the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to bring about that the establishment of facts in one set is also used in the other set³⁴.

Sistema Europeo de Protección de Derechos: una mirada interdisciplinaria, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 475-491; y L. López Guerra (2019), «“Ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 69, págs. 9-26.

³² *A y B c. Noruega*, § 130.

³³ Un repaso a la jurisprudencia que los aplica permite captar algunos matices difíciles de advertir a partir de la sola formulación abstracta. Véanse, en particular, las SSTEDH de 8 de octubre de 2019, *Korneyeva c. Rusia*; de 8 de octubre de 2020, *Bajčić c. Croacia*; de 31 de agosto de 2021, *Galović c. Croacia*; y de 31 de agosto de 2021, *Milošević c. Croacia*.

³⁴ *A y B c. Noruega*, § 132. Muy crítico con la evanescencia de la formulación de este elemento de conexión sustancial y, sobre todo, con la debilidad que le confiere la referencia *as far as possible* fue el juez Pinto de Albuquerque en su extenso y cuidado voto particular (§§ 60-64). Con todo, en la STEDH de 18 de mayo de 2017, *Jóhannesson y otros c. Islandia*, puede verse ya aplicado este criterio: «the police in charge of the criminal investigation had access to the reports issued by the Directorate of Tax Investigations and the documents collected during the tax audit. Nevertheless, the police proceeded by conducting their own independent investigation, which resulted in the applicants' conviction by the Supreme Court more than eight years after the Directorate had reported the matter to the police. The applicants' conduct and their liability under the different provisions of tax and

Garantizar que el establecimiento de los hechos en un procedimiento se replique en el otro. Bien se ve que estamos ante un amarre franco para nuestro art. 77.4. Es cierto que de la jurisprudencia del TEDH no se deduce que el *idem factum* tenga que traducirse en la vinculación de la apreciación fáctica penal, pero no lo es menos que la opción encaja en ese molde de referencia que dibuja Estrasburgo³⁵.

Estamos ya en disposición de someter a prueba empírica al art. 77.4. A tal efecto, emplearemos como piedra de toque la *sentencia absolutoria* por ser la resolución judicial penal que mayor fricción provoca con la proscripción del doble enjuiciamiento; y nos guiaremos por un afán bien sencillo: reforzar su valencia garantista allí donde actúe al servicio del particular (III) y perfilar los contornos, es decir, sus límites cuando opere al revés, como palanca de la acción sancionadora (IV).

III. LA ABSOLUCIÓN EN GRADO DE NEUTRALIZAR LA ACCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SANCIONADORA. LA INFLUENCIA DE LA APRECIACIÓN PENAL EN SU CONJUNTO, DESEMBOQUE O NO EN HECHOS PROBADOS

1. LA DISTINCIÓN BASILAR ENTRE LA INEXISTENCIA Y LA FALTA DE PRUEBA A LOS EFECTOS DE LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El art. 77.4 de la LPAC admite una primera utilización como argumento defensivo a favor del interesado. Se trata de escudarse en la narración fáctica de la sentencia penal absolutoria para desbaratar la iniciación o continuación del

criminal law were thus examined by different authorities and courts in proceedings that were largely independent of each other» (§ 53). Nuevamente, en relación con Islandia, en la STEDH de 31 de agosto de 2021, *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islandia*, §§ 73-75.

³⁵ Añadamos que la doctrina del TEDH ayuda a entender asimismo los desarrollos del principio *ne bis in idem* en el orden comunitario, contruidos sobre la base del art. 50 (*Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito*) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, en lo que toca al tema aquí tratado, es de ver que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está decantando una posición similar por cuanto que una eventual acumulación de procedimientos de carácter penal «debe garantizar que las cargas que tal acumulación produzca para los interesados se limiten a lo estrictamente necesario» (STJUE de 20 de marzo de 2018, *Garlsson Real Estate SA y otros c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, § 54), de tal manera que, tramitándose por separado, «existan normas que garanticen una coordinación destinada a reducir al mínimo estrictamente necesario la carga adicional que tal acumulación supone para los interesados» (§ 55). Cuáles hayan de ser estas normas, claro es, no se concreta, aunque es llano para el tribunal que la obligación de cooperación y coordinación entre el Ministerio Fiscal y la Administración sancionadora cae por su propio peso (§ 57).

expediente sancionador por la pérdida de su objeto allí donde se declare una situación de *inexistencia* (A). Juntamente con esta versión, cuya procedencia está fuera de toda discusión, cabe plantearse si es dado estirar más la fuerza bloqueadora de la sentencia absolutoria a ciertos supuestos de *falta de prueba* (B).

A. Si la resolución descansa en una declaración de inexistencia de los hechos o de ausencia de participación en los mismos del inculpado, parece evidente que no debería abrirse o reanudarse el expediente sancionador. Entiéndase por inexistencia una expresa manifestación de que los hechos no existieron —lo que viene a denominarse inexistencia objetiva— o de que no los cometió la persona encartada —inexistencia subjetiva—. No se especifica en el art. 77.4, pero este silencio, a la vista además de la unanimidad con que se expresa la doctrina científica sobre el particular³⁶, y la naturalidad con la que se acoge en la práctica³⁷, tampoco tiene mayor importancia³⁸. La inexistencia pasa por ser razón definitiva para liquidar la vía administrativa sancionadora *eo ipso*, siendo la situación asimilable a la «desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento», que se recoge como causa de terminación en el art. 21.1 de la LPAC³⁹.

B. Fuera de la inexistencia, entramos en el proceloso terreno de la absolución. La razón determinante de este desenlace puede ser de muy diverso orden: por la presencia de alguna eximente que excluya la culpabilidad, la prescripción... Sin olvidar, claro está, la eventualidad de que no haya podido acreditarse suficien-

³⁶ Hay coincidencia, por lo demás, entre administrativistas —T. Cano Campos (2001), «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador», *Revista de Administración Pública*, 156, pág. 224— y penalistas —Quintero Olivares (1991: 281, 284)—.

³⁷ Sirvámolos esta vez de la doctrina legal para ilustrarlo: DCE de 19 de marzo de 2020 (ref. 1079/2019).

³⁸ Durante la tramitación parlamentaria de la vigente LPAC se presentó una enmienda que pretendía añadir al art. 77.4 LPAC una referencia específica a «los hechos declarados no existentes» (*BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, 155-2, pág. 89). Dicha enmienda se justificaba en la necesidad de adaptar el artículo a la doctrina constitucional y jurisprudencial reiterada, así como en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (de 5 de marzo de 2015, pág. 64).

Ocasionalmente, en la legislación sectorial sí se menciona expresamente el caso de la inexistencia. Uno de los registros más claros lo encontramos en la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre), cuyo art. 85.3 establece lo siguiente: «Si la sentencia es absolutoria o el procedimiento penal finaliza con otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad, y siempre que la misma no esté fundada en la *inexistencia del hecho*, se podrá iniciar o continuar el procedimiento sancionador contra quien no haya sido condenado en vía penal».

³⁹ De donde se desprende que, a fin de cerrar el expediente —en el caso de que estuviese abierto—, debería dictarse una resolución recogiendo la declaración de la inexistencia declarada penalmente.

temente la parte objetiva y subjetiva del tipo, la conducta y/o su autoría, que es la hipótesis que ahora nos interesa.

El art. 77.4, por de pronto, es ajeno a todo este elenco de posibilidades y se fija, exclusivamente, en la declaración de hechos probados. *Solo cuenta lo que está probado*. Por consiguiente, letra de la ley en mano, la absolución por falta de prueba concede vía libre a la Administración para rellenar los espacios en blanco, esto es, *para probar a los efectos sancionadores lo no probado en términos penales*.

Hay en este planteamiento una lógica, desde luego, robusta. Para comenzar, los hechos probados constituyen un parámetro perfectamente localizable, pues se corresponde con uno de los apartados formales de la sentencia penal⁴⁰. Conceder a la Administración autonomía operativa para adentrarse en la parte de la historia cubierta por hechos no probados se compadece, además, con la libre apreciación y, siendo más precisos, refuerza la convivencia de estándares probatorios diferenciados en los dos planos de nuestro orden punitivo. Uno más rígido, el penal (*más allá de toda duda razonable*); otro, en cambio, más matizado, el sancionador⁴¹. Donde el juez penal no ha reconocido una base suficiente para acreditar un hecho puede que sí lo haga la Administración aplicando autónomamente un estándar menos rígido o, sencillamente, su libertad de apreciación, su sana crítica⁴².

⁴⁰ En virtud de lo dispuesto en los arts. 248.3 de la LOPJ y 142.2 de la LECrim. Con arreglo a la estructura que es exigida formalmente a toda sentencia penal, ha de distinguirse un apartado que lleve por rótulo «hechos probados». Apartado cuya relevancia no ha dudado en significar la jurisprudencia constitucional por considerarlo crucial de cara al cumplimiento del deber judicial de motivación. No en vano, se habla de la «motivación fáctica», asentada en un proceso racional de inferencia de la prueba y destinada a enlazar rectamente los hechos con las cuestiones que han de resolverse en el fallo, «haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados» (STC 174/1992, de 2 de noviembre). Habría que puntualizar, si acaso, que, por su propia naturaleza y unidad orgánica, cabe que en la sentencia encontremos elementos de la narración fáctica consignados en otras partes de la sentencia, señaladamente en los razonamientos jurídicos: «la vinculación que producen los hechos probados no sólo es predicable, conforme a una jurisprudencia, del contenido estricto del apartado que, bajo la rúbrica de “hechos probados”, ha de reflejarse formalmente en toda sentencia penal, sino que debe extenderse, en rigor, a toda afirmación fáctica contenida en la resolución, se encuentre en ese lugar o en cualesquiera otros pasajes de la sentencia, incluida la fundamentación jurídica, en la que se exprese una evidencia acerca de los hechos acaecidos o de la valoración de la prueba instrumentada respecto a éstos» (SAN de 21 de mayo de 2009, rec. 384/2006).

⁴¹ Sugereentes en esta línea las consideraciones de R. Letelier Wartenberg (2018), «El precio del *status quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas», *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XXXI, 1, págs. 209-229.

⁴² En este sentido, por ejemplo, M. Casino Rubio (2016), «La fragilidad de los hechos probados (o “donde dije digo, digo Diego”）」, *Revista General de Derecho Administrativo*, 41, págs. 1-18, ha señalado que: «De modo congruente, la absolución penal por falta de pruebas de cargo no impide lógicamente que la Administración (o el Juez contencioso) pueda declarar probado la hipótesis fáctica que el Juez penal descartó tener por probada. Lo hará

Finalmente, al potenciar la posición de la Administración, se refuerza *a fortiori* la sustantividad del propio expediente sancionador, cauce, no hay que olvidarlo, inspirado rectamente por el principio de audiencia —de manera que el vigor de los derechos defensivos para combatir el *novum* probatorio está asegurado—⁴³.

Razones como las indicadas respaldan el reconocimiento a la Administración de su capacidad para desplegar una actividad probatoria allí donde no se ha decantado una narración fáctica penal a causa de la insuficiencia de prueba. En la exposición doctrinal es este un lugar común. La jurisprudencia también lo refrenda. Valga como muestra este fragmento que acierta a condensar la articulación de una manera ordenada:

En suma, de la jurisprudencia expuesta pueden extraerse los siguientes criterios: a) si el Tribunal penal declara inexistente los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo; y c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente⁴⁴.

Las declaraciones de certeza, ya positivas que negativas, vinculan⁴⁵. Las dudas, esto es, los hechos no probados a pesar del esfuerzo probatorio desplegado en sede penal, no. Sin perjuicio de la innegable robustez de este esquema, hay razones, a nuestro juicio, para sugerir una reconsideración de la letra *c*⁴⁶.

con naturalidad siempre que al expediente administrativo se incorporen nuevas pruebas, nunca antes aportadas al proceso penal. Pero también cuando en el ejercicio de su libertad de apreciación discrepe del criterio de otro órgano judicial y considere que los mismos elementos de prueba que rechazó el Juez penal sí son suficientes para confirmar el enunciado fáctico» (pág. 12).

⁴³ Se obtiene, a fin de cuentas, a partir de esta línea de razonamiento, un fortalecimiento de la diferenciación conceptual de la potestad sancionadora frente a la penal y un empuje de su desenvolvimiento autónomo.

⁴⁴ Procede de la STS de 19 de abril de 1999 (rec. 408500/1982), aunque luego se ha utilizado en muchas otras como plantilla. Es habitual en este sentido que, siguiendo la proposición *c*, se reconozca el margen de maniobra de la Administración sobre los hechos no probados. A título ejemplificativo: STSJ de Cataluña 463/2002, de 21 de junio.

⁴⁵ Y de ello, naturalmente, puede sacar partido el interesado allí donde los hechos probados, aunque no sean del rango de la inexistencia, sí entren en contradicción con las exigencias del tipo administrativo (véase, por ejemplo, la lejana STS de 22 de noviembre de 1988, RJ 1988\8946).

⁴⁶ A esa reconsideración se refirió ya en su estudio Alarcón Sotomayor (2008: 161-174): «Es seguro que la[s] resoluciones sancionadoras de la Administración han de respetar las declaraciones de hechos probados de las resoluciones judiciales penales firmes. Pero de ello

2. CRÍTICA A LA REITERACIÓN DEL INTENTO PROBATORIO Y/O A LA POSIBILIDAD DE QUE LA ADMINISTRACIÓN DÉ POR PROBADOS HECHOS COMUNES QUE FUERON OBJETO DE INDAGACIÓN PENAL ESPECÍFICA

Importa, antes de seguir adelante, hacer algunas precisiones, delimitando el área de estas consideraciones. De una parte, no alcanzan a la valoración jurídica de la conducta probada. No hay duda de que la Administración tiene libertad a la hora de proyectar sobre el relato fáctico penal una calificación jurídica autónoma en aplicación de una normativa distinta. *Ceteris paribus*, sin alterar los hechos comunes, es inconcuso que una segunda calificación punitiva por parte de la Administración, siendo el ángulo distinto, no supone un quebranto de la prohibición de doble incriminación.

De otra parte, es de puntualizar igualmente que no nos referimos a los hechos que no han sido objeto de investigación penal, pero que la Administración sí necesita probar con vistas a armar el correspondiente pliego de cargos o de precisar la sanción. Estamos pensando en la parte concéntrica o secante de la narración, esto es, en los hechos que, por ser comunes, tanto en términos de ilícito penal como administrativo, han sido objeto en el proceso penal de la correspondiente pesquisa en orden a su efectiva acreditación. Se sigue de ello que en el entrecruzamiento de los dos planos importa prestar atención a los hechos cuya indagación va a quedar superpuesta por responder a elementos compartidos en los dos tipos. Habrá, así pues, producto de la intersección, un *thema probandi* común y sobre él habrá de proyectarse una indagación que debería ser única y, por consiguiente, preferentemente penal —en consonancia con su mayor calidad epistémica—. No se nos oculta que cotejar los dos tipos en busca de esa zona de intersección puede suscitar alguna que otra vacilación en los contornos, pero, en todo caso, la parte gruesa será reconocible, comenzando por la autoría.

Pues bien, he aquí, expresada en síntesis, nuestra posición: si la absolución por falta de prueba atañe a elementos comunes, no le es dado a la Administración volver de nuevo sobre ello. La expresión de dudas de una sentencia absoluta, dimanantes de la incapacidad de probar penalmente ciertos hechos, lejos de ser una invitación para que se disipen en sede administrativa, representa el agotamiento de la oportunidad de fijarlos con fines punitivos.

Lo impide la vertiente procesal del *bis in idem*. Allí donde hay una identidad en lo sometido a investigación, debe evitarse la doble persecución y esta incluye, según lo vemos nosotros, la sujeción a una reiteración en el intento probatorio. La conclusión por parte de la autoridad judicial penal de la ausencia de prueba

no puede deducirse, como se ha hecho, que la Administración pueda apartarse siempre y libremente de la declaración judicial de que determinados hechos no se han probado. No cabe que con las mismas pruebas dé por acreditado lo que el juez consideró no probado» (pág. 203).

suficiente acerca de unos hechos que han estado expresamente en el punto de mira indagatorio debería ser, así pues, terminante. Si, habiéndose intentado, no se ha probado la autoría, por referirnos al caso más paradigmático de comunión en el *thema probandi*, la Administración debería abstenerse de un nuevo intento probatorio e incluso de dar por suficiente lo que en términos penales ha ofrecido claros oscuros. Para nosotros, el problema de la dualidad no radica únicamente en el resultado positivo —en lo que se declara probado—, sino que abarca el momento previo, esto es, la indagación o investigación de ese mismo hecho, de manera central y con la potencia y calidad epistémica superior de lo penal —sin descartar, por cierto, una eventual participación de la propia Administración en el curso penal⁴⁷—. Si al término de una operación así se llega a la conclusión de que *x* hecho no se puede probar, un tal resultado, aun siendo negativo, debe ser igualmente vinculante por efecto del principio constitucional *non bis in idem* que ya conocemos. Lo no probado, más que un resultado vacío, que confiera a la Administración una tabula rasa, es, en el marco de una sentencia absolutoria, la constatación del resultado de una indagación punitiva que, como tal, sobre los mismos hechos, es base suficiente para invocar un *bis* en su dimensión formal o adjetiva.

La absolución por falta de prueba de cargo no puede revertirse, en definitiva, en lo atinente al *idem factum*. Allí donde hay coincidencia, debería concederse prevalencia al balance penal, a la apreciación de lo ocurrido hecha en aquella sede.

Ciertamente, esta posición supone ensanchar la potencia o virtud de la sentencia absolutoria y, a la inversa, lleva a reducir el campo de juego del expediente administrativo subsiguiente a una absolución penal toda vez que solo podrá desarrollarse cuando no hayan quedado comprometidos los hechos capitales del tipo infractor administrativo. Lo cual no quiere decir que se esté negando la mayor, esto es, que la acción sancionadora de la Administración pueda proseguir en muchos otros casos: desde luego, si la resultancia fáctica de la absolución penal consolida los hechos nucleares de la infracción administrativa —como se verá en el epígrafe IV—; pero también en los supuestos en los que la absolución se proyecte sobre hechos correspondientes a elementos de los tipos que no sean comunes. Y, ni que decir tiene, recordemos que estamos dejando fuera del análisis las absoluciones que no están relacionadas con la falta de prueba, sino que son consecuencia de otras causas⁴⁸.

⁴⁷ Aspecto que se toma en consideración en la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Enzo Di Puma y otro c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa y otro*, § 33, a la que volveremos a aludir después. El dato de que en el proceso penal —referido a operaciones con información privilegiada— hubiera podido participar la Administración, comenzando por la remisión de la documentación reunida en su actividad de comprobación, se considera relevante a los efectos de reconocer la admisibilidad de que una sentencia penal absolutoria por falta de prueba bloquee el posterior desarrollo sancionador administrativo.

⁴⁸ Como la prescripción (STSJ de Cataluña 990/2005, de 14 de octubre) o el principio acusatorio y la formulación de acusación (STSJ de la Comunidad Valenciana 778/2005, de 28 de octubre; STS, Sala de lo Militar, de 27 de marzo de 2012, rec. 119/2011).

Es de añadir que, entenderlo de otra forma —con importantes argumentos a favor, según quedó visto— comporta asumir en el discurso un riesgo relevante como es el de tener que trazar una doble línea divisoria: primero, entre las absoluciones por inexistencia —que bloquearían sin reservas la acción sancionadora— y por falta de prueba —que no lo harían—; y, segundo, dentro de esta última, entre los hechos probados —vinculantes— y los hechos no probados —verificables con otro estándar—. Ninguna de estas dos líneas resulta, en la práctica, fácilmente reconocible para un operador externo, ajeno al proceso penal sustanciado. Imposible no evocar en este punto las vicisitudes que han acompañado en los últimos años a la indemnización por razón de prisión provisional. Conocemos de sobra que la diferenciación entre la absolución por inexistencia subjetiva y por ausencia de prueba de cargo no superó al cabo el examen del TEDH, a quien no llegó a convencer, sin perjuicio de la ampliación *ex parte cives* que en última instancia representaba respecto de la opción legal primigenia, la razón de discriminar al declarado inocente —con derecho a indemnización— del declarado no culpable —sin derecho a ella—⁴⁹. Se dirá —y es cierto— que son dos escenarios distintos. Sin embargo, el periplo referido enseña cómo de disfuncional puede llegar a ser el intento de discriminar una inocencia demostrada de una culpabilidad no probada. Por eso, antes que distinguir entre lo probado y *lo demás*, parece un amarre, si no más firme —pues no está tampoco exento de la necesidad de interpretar la resolución penal y, por tanto, de prestarse a discusión—, sí igual de hacedero y, en todo caso, más garantista, referirse a toda la secuencia histórica investigada para, a partir de ella, determinar si puede la Administración continuar su cometido sancionador.

Señalemos, en fin, que todo ello concuerda con la diferenciación entre el cierre del proceso penal en forma de sobreseimiento provisional y de sentencia absolutoria. En la primera, la indagación no ha quedado zanjada, de modo que caen los inconvenientes para que la Administración prosiga su propia averiguación de la infracción —enlázese ello con la idea de decisión final o, en la misma línea, con la firmeza y la consecuente atribución de la fuerza de cosa juzgada—⁵⁰. Asimismo, el fortalecimiento de la virtualidad de la sentencia

⁴⁹ Una completa crónica de las vicisitudes de este episodio en E. Cobrerros Mendazona (2019), «El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada», *Revista de Administración Pública*, 209, págs. 13-44. Ha desencadenado todo ello la declaración de inconstitucionalidad del inciso donde se incorporaba este criterio legal en la STC 85/2019, de 19 de junio.

⁵⁰ Ilustrativa a estos efectos la explicación que se contiene en la STSJ de Andalucía de 18 de enero de 2021 (rec. 547/2018): «Las resoluciones que pusieron fin al procedimiento penal no declararon la inexistencia de aquel acoso, sino solo que en dicho procedimiento no se había acreditado, lo que no impediría la realización de actuaciones administrativas ulteriores que pudieran aportar dicha justificación. De hecho, el órgano judicial no acordó el sobreseimiento libre de la causa por la inexistencia de indicios racionales de su comisión (art. 637

absolutoria aquí preconizado sintoniza fácilmente con la corriente que en la misma dirección de robustecerla inspiró la reforma de la LECrim de 2015⁵¹.

Con todo, hay que reconocer que a una tal conclusión no puede llegarse de la mano del art. 77.4 de la LPAC. Su literalidad es la que es y una interpretación extensiva de su tenor en la línea que se propugna está condenada a desbarbar habida cuenta de la contundencia de la referencia a los hechos probados como claro parámetro de ámbito aplicativo. Otras formulaciones de la misma regla en regímenes sectoriales sí favorecerían más una interpretación de este signo. Así, las que, en vez de circunscribirse a los hechos probados, extienden la vinculación «a la apreciación de los hechos», lo que permitiría referirse, *tout court*, al resultado global de la indagación fáctica⁵². Por cierto, «apreciación de los hechos» es, justamente, el sintagma que encontramos en la fuente original, esto es, en la STC 77/1983. Dejando aparte estos registros concretos, no queda más remedio que acudir directamente al art. 25 de la CE para anclar en él esta lectura de la garantía procesal del *ne bis in idem*. Así lo hacen algunas de las sentencias que vienen a continuación.

3. ALGUNOS SIGNOS DE ESTA LÍNEA DE ENTENDIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA

Señalábamos hace un momento cómo la jurisprudencia se muestra favorable a la reiteración indagatoria de los hechos no probados en vía sancionadora. Otra cosa es que, expresada la postura a la manera de frontispicio argumental, sus consecuencias aparezcan matizadas después ocasionalmente, de suerte que se impide a la Administración apartarse, no ya de los hechos probados, sino de la apreciación penal sobre el bagaje probatorio de la investigación⁵³.

LECrim), sino el sobreseimiento provisional, sustentado en la insuficiente justificación de la perpetración del delito (art. 641 LECrim) y que autoriza incluso la reapertura de la causa ante el posible descubrimiento de nuevos elementos de prueba».

⁵¹ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

⁵² El entrecomillado procede del art. 117 (*Concurrencia con procedimientos penales*) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: «la resolución que se dicte *deberá respetar la apreciación de los hechos* que contenga dicho pronunciamiento».

⁵³ En el plano europeo, resulta de gran interés la STJUE de 20 de marzo de 2018, *Enzo Di Puma y otro c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa y otro*. Se preguntaba al tribunal acerca de si la fuerza positiva de cosa juzgada que, conforme al derecho italiano, había que reconocer a una sentencia absolutoria *por falta de prueba* —no había podido acreditarse en sede penal la operación con información privilegiada que se imputaba— conculcaba el derecho comunitario al impedir a la Administración seguir después el curso sancionador administrativo —de fondo, la Directiva 2003/6/CE—. Pues bien, esta fue la respuesta: «[...] no se opone a una normativa nacional según la cual no puede tramitarse

Hace al caso recordar, antes que nada, que en el origen de la construcción de la vinculación al relato fáctico penal se sitúa ni más ni menos un supuesto en el que se hacía cuestión de la acreditación en vía sancionadora de una autoría que los jueces penales habían descartado por falta de prueba. Para el TC, un tal extremo, que fulano había sido el autor de la reprobable llamada, resultaba un hecho cuya falta de prueba resultaba ya irreversible. Pues bien, volviendo a una época más reciente, cabe rastrear en la jurisprudencia del TS algunos pronunciamientos que se diría transitan esa misma senda.

Sirvámonos de uno de los ejemplos más gráficos. Conocía el TS de un recurso de casación a cuenta de una sanción disciplinaria de un policía⁵⁴. El sancionado discutía la posibilidad de que se le recriminase una conducta siendo que en vía penal había resultado absuelto por la falta de prueba respecto de ese preciso comportamiento. La almendra del caso tenía que ver con la declaración de dos policías. En el proceso penal se había considerado que su testimonio resultaba insuficiente para dar por acreditados los hechos y que, ayuna la acusación de otras evidencias, era de fuerza absolver —existía corroboración en unas comunicaciones telefónicas cuya intervención, no obstante, fue reputada ilegal, quedando sin efecto y deviniendo inutilizable la información obtenida—. Sin embargo, de vuelta al plano disciplinario, la Administración estimó que las pruebas testificales sí ofrecían un sostén bastante de cara a afirmar la autoría de la falta disciplinaria imputada. Adviértase, pues, que la discusión salía de la esfera de los hechos probados. El TS va a ser, en fin, muy contundente en su respuesta:

[...] no se trata de hacer una valoración en vía disciplinaria distinta de los hechos declarados probados, sino que lo que impide dicho principio [*non bis in idem*], como ocurre en el caso analizado, es que *hechos que la sentencia penal, de carácter preferente, da por no probados, se consideren probados luego en el expediente disciplinario*, pues como se dice en la sentencia recurrida los hechos no pueden existir y no existir en ambos procedimientos penal y disciplinario (cursivas nuestras)⁵⁵.

un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal tras una sentencia penal firme absolutoria en que se haya declarado que no han quedado probados los hechos supuestamente constitutivos de infracción de la normativa relativa a las operaciones con información privilegiada, sobre la base de los cuales se incoó igualmente dicho procedimiento».

⁵⁴ STS de 23 de septiembre de 2013 (rec. 2838/2012).

⁵⁵ También muy ilustrativa, respecto de la autoría, es la STS de 12 de marzo de 2012 (rec. 5442/2009). En ella, además, el TS indica a la Administración que, si tenía pruebas no contempladas por el juez penal, lo procedente hubiera sido facilitárselas: «El Juez de Instrucción de Aracena, ante idénticos hechos, llega a la conclusión de que no existen pruebas que incriminen al recurrente como autor de los mismos, a pesar de lo cual la Administración, seguidamente, le sanciona por ser autor de la colación de cebos envenenados con el fin de eliminar especies protegidas [...]. Lo declarado por el Juez instructor impide a la Administración considerar lo contrario. Si los Servicios de Vigilancia consideraban que

Episodios similares podemos hallar a propósito de otras sanciones anuladas por su disconformidad con una absolución penal basada en la falta de prueba de elementos o aspectos de lo ocurrido que después la Administración sí tiene por probados y justificados al amparo de su libertad valorativa o de apreciación probatoria: la presencia de daños⁵⁶; de un riesgo concreto para la salud humana⁵⁷; de una contaminación determinada; o la existencia de una relación laboral⁵⁸, por poner algunos ejemplos de hechos comunes entre los tipos penales y sancionadores que se conjugaban en cada caso.

De igual forma, el TS ha vetado la libertad estimatoria de la Administración a fin de validar en términos sancionadores una prueba que en vía penal había sido invalidada por infracción de los derechos fundamentales. El asunto tiene mucha miga, pues la prueba en liza no era sino una entrada domiciliaria autorizada por un Juzgado de lo contencioso-administrativo:

La Administración tributaria no puede realizar válidamente comprobaciones, determinar liquidaciones o imponer sanciones a un obligado tributario tomando como fundamento fáctico de la obligación fiscal supuestamente incumplida los documentos o pruebas incautados como consecuencia de un registro practicado en el domicilio de terceros (aunque se haya autorizado la entrada y registro por el juez de esta jurisdicción), *cuando tales documentos fueron considerados nulos en sentencia penal firme*, por estar incursos en vulneración de derechos fundamentales en su obtención⁵⁹.

aparecieron indicios o pruebas, después de dictado el auto de sobreseimiento por el Juez de Instrucción, debieron aportarlos ante éste».

⁵⁶ STS de 22 de julio de 1999 (rec. 962/1992): absolución por delito de daños; sanción por daños en zona arqueológica. Similar, la STS de 22 de febrero de 2011 (rec. 587/2009): «Es suficiente una lectura atenta de los hechos declarados probados por la jurisdicción penal y de la magistral valoración de la prueba realizada por el juez para deducir que, en contra del parecer de la Administración demandada, no se ha demostrado que el vertido haya causado daños al dominio público hidráulico».

⁵⁷ STS de 19 de abril de 1999 (rec. 408500/1982): absolución por delito contra la salud pública; sanción por venta de productos que produzcan riesgos o daños efectivos a la salud de los consumidores.

⁵⁸ STSJ de Extremadura 63/2010, de 26 de febrero: «En el presente caso, la sentencia del Juzgado de lo Penal declara no probados todos los hechos que, constatados en el acta levantada por la Inspección de Trabajo, sirven de base a la Juez de Instancia para estimar acreditada la relación laboral y, por tanto, la existencia de la infracción administrativa que se imputa al recurrente. En virtud de la indicada vinculación [...] no cabe más posibilidad que tener por no probados los citados hechos y, por tanto, estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de instancia y anular la resolución administrativa que se impugna».

⁵⁹ Fragmento extraído de la STS de 14 de julio de 2021 (rec. 3895/2020), que encabeza la serie de la que también forman parte las SSTs 1041, 1042/2021, de 15 de julio, y 1361/2021, de 23 de noviembre.

Lo que se considera prueba insuficiente de una conducta en vía penal no puede luego estimarse como prueba suficiente de esa misma conducta, bien que varíe el contexto infractor y el criterio del aplicador sobre el estándar probatorio. Es más, ni siquiera el que se hayan practicado luego, en sede administrativa, pesquisas o indagaciones adicionales va a servir para alterar el *criterium*. Cuestión distinta es el rosario de consecuencias fuera del circuito sancionador⁶⁰.

¿Adónde apuntan, en suma, estas sentencias? En nuestra opinión, revelan, siquiera sea de un modo fragmentado y aún por madurar —no podemos exagerar y hablar de una corriente, ni tampoco desconocer la influencia del casuismo en los pronunciamientos que se han reseñado—, la posibilidad de reconocer un nexo en lo concerniente a la parcela histórica compartida que ha sido investigada en vía penal y que atañe al núcleo de las dos conductas tipificadas. Existiendo esa comunión, la apreciación penal, toda ella, también, pues, la referida a la falta de prueba suficiente, debe respetarse por la Administración.

IV. LA ABSOLUCIÓN QUE SIRVE DE PALANCA PARA EL EXPEDIENTE SANCIONADOR

El art. 77.4 de la LPAC puede ser, cambiando ahora las tornas, un recio respaldo en orden al desempeño sancionador de la Administración.

Lo será especialmente en función de dos coordenadas elementales. De una parte, dependerá del grado de reconstrucción fáctica alcanzado por el órgano sentenciador penal en el sentido de que a mayor coincidencia fáctica en las conductas objeto de indagación, mayor será el provecho que, en positivo, podrá sacar la Administración de lo constatado en la sentencia absolutoria. De otra, la razón de la absolución, pues, si esta no trae causa de un problema de suficiencia probatoria y sí en cambio de otros factores, dejará también más expedito el camino a la Administración.

Intentemos ejemplificar lo anterior. Supongamos que la conducta perseguida a tenor de los tipos penal y sancionador es, esencialmente, la misma; tipos muy próximos en su formulación, pertenecientes a un mismo bloque o género sancionador. Se llega al término de la indagación y el asunto es claro: se sabe que mengano ha hecho tal cosa, de modo que la descripción de lo ocurrido se consigna sin vacilación en los hechos probados. Ahora bien, irrumpe un problema de prescripción que comporta finalmente la absolución penal, o de ausencia de dolo o de un elemento subjetivo del injusto —voluntad o ánimo que, en cambio,

⁶⁰ A propósito del orden tributario, véanse las SSTS de 20 de noviembre de 2014 (rec. 3850/2012) y de 27 de noviembre de 2015 (rec. 3346/2014).

no precisa la infracción administrativa—, o, en fin, de no alcanzar el grado de gravedad, la cuantía o el *minimum* similar que marca la frontera entre lo penal y lo sancionador. Se explica, en supuestos así, que la absolución penal esté en grado de servir virtualmente en bandeja el desarrollo de la acción sancionadora y que a ello contribuya decisivamente la soldadura del art. 77.4 —que no en vano suele reproducirse en el derecho sectorial más proclive a este tipo de situaciones—⁶¹. A veces incluso ocurre que el testigo lo cede abiertamente el órgano judicial penal en el propio texto de la sentencia⁶².

No siempre tiene que ser, de todos modos, cuestión de familia sancionadora. Lo que importa es que la conducta a examinar, los hechos donde ha de ponerse el foco, sean básicamente los mismos. La sentencia absolutoria puede ir a favor de obra sancionadora y la potencia que confiere el art. 77.4 al relato fáctico consignado constituye el principal motivo⁶³. Lo cual no quita, por otra parte, para advertir algunos riesgos en su manejo, como veremos a continuación.

A. En primer lugar, importa significar que, asumido el relato penal, raramente va a reducirse el asunto sancionador a una sola cuestión de proyectar una distinta valoración jurídica. No es descartable que haga falta un cierto ejercicio de ensamblaje y que este a su vez requiera de la correspondiente actividad probatoria complementaria. Obviamente, no para alterar la narración penal; tampoco, según el criterio ya expuesto, para rellenar los huecos que la indagación penal, a pesar de intentarlo, no alcanzó a rellenar; pero sí a fin de completar los elementos de la infracción administrativa diferenciales o de matizar los comunes según lo exigido por el tipo administrativo⁶⁴. Parcelas históricas que haya que completar o precisar

⁶¹ Es oportuno en este momento llamar la atención sobre la ubicación sistemática del art. 77.4. Adviértase que en la vigente LPAC la regla forma parte del régimen jurídico de la prueba, a la manera de especialidad de los procedimientos sancionadores. Contrasta, pues, con la ubicación que tenía en anterior LPAC, donde aparecía situada dentro del tratamiento de la potestad sancionadora (art. 137.2).

Pues bien, adoptando este ángulo, cabe significar, siguiendo a C. Barrero Rodríguez (2006), *La prueba en el procedimiento administrativo*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 3ª ed., págs. 161-167, que, en rigor, estamos ante hechos excluidos de prueba en el procedimiento administrativo.

⁶² Mediante un «sin perjuicio de...». Práctica que viene facilitada por la proximidad de los tipos penales y administrativos en determinados ámbitos y que, aunque pueda parecer superflua en sus efectos, invita a discurrir sobre el papel del juez penal y la economía procesal en la articulación del poder sancionador.

⁶³ Una curiosidad. Presuponemos que, en principio, la Administración que tenemos en mente va a estar deseosa de continuar. Pero ¿y si no es así? Tocaría preguntarse sobre el alcance de la vinculación al relato penal en cuanto a la activación o continuación del expediente sancionador, esto es, sobre la discrecionalidad en el *an* de la potestad sancionadora.

⁶⁴ Ilustrativa en este sentido es la STSJ de la Comunidad Valenciana 705/2017, de 15 de septiembre: absolución por delito contra la ordenación del territorio, sanción por infracción

en razón de lo reclamado por la norma administrativa que va a ser aplicada⁶⁵. Dependerá de cada caso, naturalmente, pero lo habitual será que la Administración necesite algo más a los efectos de subsumir convenientemente la conducta en la infracción administrativa que toque. Extremo relevante que, al cabo, nos recuerda la importancia de mantener en tensión la contradicción consustancial a cualquier procedimiento sancionador⁶⁶.

B. La facilitación alcanza a veces cotas muy llamativas. No ha de extrañar por ello que suscite ciertos celos e incluso haga temer que el proceso penal pueda acabar siendo visto como una vía propicia a la hora de «delegar» la instrucción de los procedimientos sancionadores; propicia porque se esquivan los duros inconvenientes del tiempo, pero, sobre todo, porque se desactivan ciertas limitaciones investigadoras —como se señalará en seguida— y se obtiene el blindaje cualificado de la resultancia fáctica. El recelo se agrava especialmente en aquellos ámbitos en los que la continuidad es más clara por tratarse del mismo bloque o género. Desde esta perspectiva, hay quien defiende que la absolución penal debería ser en todo caso un punto y final. Solo así, se añade, podrá preservarse una actitud responsable de la Administración en lo que hace a la decisión de paralizar el expediente administrativo y pasar el tanto de culpa a los tribunales penales: o tira adelante con la vía administrativa o se arriesga a dar el paso con todas sus consecuencias. De lo contrario, se remata, la Administración viene a disparar con pólvora de rey mientras que el interesado se ve obligado a cargar con el alto coste de banquillo de la elección⁶⁷.

urbanística grave consistente en la realización de obras sin la preceptiva licencia municipal.

⁶⁵ Por cierto que en ocasiones el órgano judicial hasta reprocha a la Administración haberse ceñido «más de la cuenta» a los hechos penales en el sentido de no haberse preocupado por completarlos debidamente (STSJ de Galicia 33/2003, de 15 de enero).

⁶⁶ A la luz de las enseñanzas en torno al debate de la eficacia positiva de la cosa juzgada penal, sabemos que el principio de contradicción y los derechos de defensa constituyen una de las facetas que más pueden resentirse —la narración se construye en tensión defensiva—. Por eso mismo, resulta fundamental que la dualidad sea previsible. Porque solo así el interesado podrá interiorizar la importancia del debate dialéctico penal concerniente a los hechos, sabiendo que ha de tener un ojo puesto en una eventual continuación administrativa. Que la regla de la vinculación a los hechos penales figure así de explícita en una norma de nuestro acervo procedimental común entendemos que es decisivo en este sentido. Si, además, el proceso penal trae causa o provoca la paralización del expediente sancionador ya iniciado, todavía se reduce más la imprevisibilidad y la imagen de una secuela inesperada ante la que poco o nada se puede hacer después.

⁶⁷ En el ámbito tributario —donde, como es sabido, la cercanía entre el delito y la infracción fiscal en orden a las conductas es, en líneas generales, muy alta— puede encontrarse desarrollado este discurso en la serie de trabajos G. G. Ruiz Zapatero, publicados en el año 2009: «Derecho a ser condenado dos veces después de persecuciones fallidas por delito fiscal», *Revista Quincena Fiscal*, 8, págs. 51-54; «“Bis in idem material” y procesal en la continuación de actuaciones administrativas por no haberse apreciado la existencia de delito fiscal», *Revista Quincena Fiscal*, 9, págs. 43-65; «Prohibición de doble sanción en el

Hay en este discurso una clara resonancia de otras críticas que discuten la facilidad con la que se permite a la Administración abrir, cerrar y volver a abrir procedimientos —lo que acontece alrededor de la repetición de procedimientos caducados, sin ir más lejos— y que, al mismo tiempo, evidencian el contraste con la severidad con la que el particular suele ser tratado en cuanto a segundas oportunidades hace. Nos parece, sin embargo, que el que nos ocupa es un problema distinto. No es que la Administración pueda manejar el trámite a su conveniencia. Tanto la paralización, primero, como, más tarde, la continuación, constituyen secuencias de una trama previamente establecida en el diseño del bloque sancionador. Por eso mismo, no hay en la paralización una encrucijada discrecional que permita a la Administración tomar uno u otro camino como si de pura estrategia del *dominus litus* se tratase. Si hay caracteres de delito, es su deber dar noticia y suspender, toda vez que así se extrae de nuestro régimen de prejudicialidad penal. Otra cosa es que puedan producirse eventuales abusos allí donde la Administración pretenda beneficiarse torticeramente del proceso penal. Si eso ocurre, asistiremos a una infracción de la garantía procesal del *ne bis in idem* que debería ser razón de nulidad de la sanción impuesta. Ahora bien, se hace difícil imaginar que semejante desviación se intente y que, sobre ello, se burlen los filtros penales —y en última instancia que todo ello pueda probarse, habría que apostillar—⁶⁸.

C. Con todo, la expresión más rotunda de la fuerza que alberga el art. 77.4 tiene que ver con el delicado asunto del aprovechamiento de la investigación penal por parte de la Administración en su desempeño sancionador.

La indagación penal, en su propio devenir, está en grado de destapar la existencia de hechos susceptibles de dar origen a un procedimiento administrativo sancionador o de apuntalar definitivamente el ya comenzado. En el marco de la investigación penal, ya sea en su fase preprocesal o cuando ha comenzado la instrucción judicial, pueden practicarse diligencias que, aun dirigidas a la averiguación de un determinado delito, que es el que está en el punto original de

ámbito tributario (“Ruotsalainen v. Finlandia”)), *Revista Quincena Fiscal*, 21, págs. 77-80; y «El TEDH y el “non bis in idem” en el ámbito tributario (“Ruotsalainen v. Finlandia”)), *Revista Quincena Fiscal*, 22, págs. 37-53.

⁶⁸ Cabe preguntarse si ayudaría a realzar la trascendencia del momento y el control de un hipotético empleo frívolo o arbitrario la posibilidad de recurrir autónomamente el acuerdo de suspensión para dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal. La solución no nos parece del todo convincente por dos razones. Por de pronto, está la caracterización de tal acuerdo como acto de trámite y, de acuerdo con la jurisprudencia, de carácter no cualificado (por todas: STS de 11 de noviembre de 2016, rec. 317/2015). Pero, sobre todo, entendemos que ese filtro de seriedad o rigor en cuanto a la apariencia delictiva encuentra su acomodo natural en el entorno penal, donde puede y debe aplicarse con toda su extensión y efectos. Otra cosa es que, de vuelta las actuaciones al procedimiento sancionador, las circunstancias de este incidente puedan, en casos extremos o rocambolescos, ser razón para intentar armar un alegato de infracción de la prohibición de doble enjuiciamiento.

mira, aporten elementos de mucho interés para el desempeño sancionador de la Administración. Es más, algunas de estas situaciones pueden trascender el marco de lo previsible en el sentido de hacer aflorar hechos de un tercero no investigado o, también, del propio sujeto, solo que en un género distinto del explorado. Cosa que, por cierto, de inmediato evoca ese fenómeno bien conocido en la investigación penal que es el de los hallazgos o descubrimientos casuales.

La riqueza de la indagación penal a los ojos de la Administración es trascendente por muchas razones. La más elemental radica en la propia potencia de aquella. La gama o el catálogo de formas o métodos de averiguación penal supera con creces al que tiene la Administración a su disposición. Basta pensar en la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y en todo lo que puede dar de sí. A ello se podrían sumar otros atributos como la contundencia o la particular coraza garantista y la consiguiente fortaleza de los resultados obtenidos. Sea como fuere, es visto que la indagación penal puede resultar muy atractiva para la Administración en tanto que fuente para impulsar o reforzar su desempeño sancionador.

Pensemos, por ejemplo, en el ejercicio de la potestad disciplinaria. La indagación penal puede descubrir graves conductas de empleados públicos al hilo, por ejemplo, de conversaciones telefónicas. O, saltemos a la disciplina deportiva, donde se han producido algunos hallazgos en procesos penales de gran impacto mediático. No en vano, en la ley orgánica de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva de 2003, el legislador tomó cartas en el asunto, regulando *ex professo* la forma de colaborar entre la Agencia Española para la Protección de la Salud en el Deporte y las autoridades judiciales en la lucha contra el dopaje⁶⁹.

No se trata, adviértase bien, de hacer valer la investigación como estricta *notitia contraventionis*. Lo pretendido es ir aguas arriba para aprovechar las indagaciones y pesquisas realizadas y las pruebas que de ellas han surgido como prueba de cargo en el correspondiente procedimiento sancionador. Pues bien, como punto

⁶⁹ Esta regulación estaba contenida en el apdo. cuarto del art. 33 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, que lleva por rúbrica *Colaboración con las autoridades judiciales*. Hoy, hay que estar a lo previsto en el art. 31 de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte, que conserva el mismo rótulo y criterio rector. Una completa exégesis en G. Pérez del Blanco (2014), «Colaboración judicial con la agencia antidopaje en materia de prueba del dopaje e identificación», en *Dopaje deportivo y código mundial antidopaje*, Madrid: Reus, págs. 77-128; A. Yelmo Bravo (2017), «La realidad del dopaje fuera de los terrenos de juego: especial referencia a los mecanismos de colaboración policial y judicial para la represión del dopaje en España», *Revista Española de Derecho Deportivo*, 39, págs. 29-71; y R. Terol Gómez (2018), «La utilización en el procedimiento administrativo de pruebas obtenidas en la instrucción de un proceso penal. El caso de las escuchas telefónicas», en *Estudios jurídicos penales y criminológicos*, Madrid: Dykinson, págs. 2427-2454.

de partida, y a falta de una regulación común sobre la materia, la transferencia se nos aparece admisible⁷⁰. De hecho, supuesta su conexión y razonando, además, en clave de armonía y economía, hasta parece lo más natural que haya una pasarela; pasarela, por cierto, transitable en los dos sentidos, pues bien puede ocurrir que sea el juez instructor el interesado en hacer uso de las pesquisas ya practicadas por la Administración antes de la interrupción penal⁷¹.

Ahora bien, el trasvase, admisible en línea de principio, tiene, sin embargo, un *punctum dolens* cuando nos referimos a ciertas pruebas penales obtenidas de resultados de diligencias restrictivas de derechos fundamentales. Y es que entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador nuestro modelo presenta un salto de calibre investigador en el sentido de que queda fuera del alcance investigador de la Administración el empleo —directamente o mediante auxilio judicial— de ciertas diligencias como las que representan una injerencia en el secreto de las comunicaciones privadas; diligencias de singular gravedad, que están en grado de aportar mucha información, y que, como es fácil imaginar, son las que atraen especialmente a la Administración. En todo caso, hay que significar, para situar la cuestión en sus justos términos, que ese salto de calibre no es fruto de un lapsus legislativo o de un descuido estructural a la manera de un *bug*. Estamos ante un límite querido que, por lo demás, no impide a la Administración perseguir eficazmente las infracciones; su catálogo de herramientas en lo que hace a la averiguación de ilícitos administrativos está suficientemente provisto, contando incluso con una baza significativa como es la del deber de colaboración.

Justamente por ello, el trasvase de este tipo de pruebas —que la Administración no puede promover en un procedimiento sancionador y que están férreamente constreñidas por el principio de especialidad, esto es, por la exigencia de una singular gravedad de los hechos investigados— ha sido rechazado categóricamente

⁷⁰ En su trabajo, que podemos considerar pionero en la materia, L. M. Díez-Picazo (2013), «La utilización de la prueba penal en el procedimiento administrativo sancionador», en *Recepción del Derecho de la Unión Europea en España. Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa*, Las Rozas: La Ley, págs. 117-127, apoya el eje de su disertación en la flexibilidad que concede el tratamiento jurídico de la prueba en el procedimiento administrativo y, en general, en el proceso judicial. De ahí que afirme que «el verdadero problema en el derecho español no es si está permitido traer pruebas de otro proceso, sino en qué condiciones puede hacerse» (pág. 119).

También la regla general entre procesos penales es esta: la admisibilidad del uso de información obtenida en un proceso penal distinto como medio de investigación o prueba. Eso sí, lejos de ser una regla general con pocas cortapisas, aparece rodeada por un conjunto espeso de reservas y prevenciones muy significativas, especialmente cuando de conceder valor probatorio se trata.

⁷¹ En ciertos ámbitos, la cuestión adquiere una singular relevancia. Véase, a propósito de la defensa de la competencia, F. Marcos Fernández (2017), «Cesión e intercambio de pruebas entre investigadores de defensa de la competencia y procesos penales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 186, págs. 131-161.

por la jurisprudencia, con el TS a la cabeza⁷². También mayoritariamente la doctrina científica se muestra contraria a esta posibilidad⁷³. Pero he aquí que el art. 77.4 abre un pequeño resquicio. El referido alegato se detiene a sus puertas ya que, si la información derivada de las diligencias ha acabado siendo utilizada en la determinación de los hechos probados, entonces los hechos sí pueden —*rectius*: deben— ser utilizados por la Administración en su desempeño sancionador⁷⁴. La consignación de la información en una resolución firme a la manera de hechos probados vendría a ejercer, así pues, una suerte de transmutación, eliminando de raíz los impedimentos absolutos antes referidos. Es como si se dudase acerca de la capacidad de la Administración para manipular la «materia prima», pero, en cambio, se admitiese luego sin estridencias la obligación de utilizar sus hechos «derivados». Ni que decir tiene

⁷² Sirvan de referencia las SSTs de 30 de abril de 2012 (rec. 4120/2009); de 10 de abril de 2019 (rec. 834/2017); y de 16 de septiembre de 2020 (rec. 722/2019).

⁷³ Para profundizar en las razones de esta posición, véanse los completos análisis de A. Huer-go Lora (2019), «La utilización en el procedimiento sancionador de pruebas obtenidas en procesos penales», en *Uso y Cesión de evidencias y datos personales entre procesos y procedimientos sancionadores o tributarios*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 479-503; y, en la misma obra colectiva, M. D. Rego Blanco (2019), «Análisis de la ley de procedimiento administrativo común a la luz de la transmisión de datos y evidencias del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador», págs. 529-570.

⁷⁴ El trasvase de pruebas entre procesos judiciales y/o, también, entre procedimientos administrativos todavía no se ha decantado con la determinación y claridad suficiente a los efectos de forzar al legislador a dar una respuesta positiva común o de régimen general. Existen, no obstante, algunas regulaciones parciales importantes. La más destacable, seguramente, la que concierne al intercambio entre procesos penales, que encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal bajo el rótulo de «Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales» (arts. 579 bis y 588 bis i). La doctrina científica se ha esforzado en los últimos años en establecer las bases de una teorización de este fenómeno. Destacan los libros colectivos dirigidos por I. Colomer Hernández (2015), *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Cizur Menor: Aranzadi; y (2019), *Uso y cesión de evidencias y datos personales entre procesos y procedimientos sancionadores y tributarios*, Cizur Menor: Aranzadi.

Por lo que se refiere al caso específico de los procesos penales, la densidad de estudio es mayor, en lógica correspondencia con la importancia cotidiana del tema. Entre otros, I. Nadal Gómez (2016), «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista General de Derecho Procesal*; O. Fuentes Soriano (2017), «Medios de investigación tecnológica y problemas probatorios. Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba», en *El proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch; R. Casanova Martí (2017), «Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinto», en *El proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch; y R. Castillejo Manzanares (2019), «La deficiente regulación de los hallazgos casuales y su análisis jurisprudencial», en *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Barcelona: Atelior.

que la vocación expansiva que la redacción del art. 77.4 confiere a la cosa juzgada positiva viene de molde a tal fin.

D. Dejamos para el final el riesgo que representa la aplicación del art. 77.4 fuera de la órbita del principio *ne bis in idem*. Como quiera que la literalidad del precepto no introduce precisiones, cabe que la Administración pretenda apoyarse en él para imponer el relato penal aun cuando no concurren las tres identidades. Por ejemplo, la subjetiva. Declaraciones de un testigo que luego, por estar consignadas en el *factum* de la sentencia penal, se emplean para armar contra él un procedimiento sancionador. La STS de 19 de noviembre de 2015 nos enseña que no es pura elucubración. En todo caso, la respuesta del Alto Tribunal pone las cosas en su sitio. Semejante prolongación de la fuerza de los hechos probados por arte del art. 77.4 está fuera de orden⁷⁵.

V. RECAPITULACIÓN

La coexistencia de las dos manifestaciones del poder punitivo exige ciertos peajes y trae consigo delicados problemas de ajuste. Cerrando el trabajo, nos asalta la duda de si habremos conseguido avanzar algo en nuestro propósito de profundizar en la garantía procesal del *ne bis in idem*; vertiente que se nos antoja su cara más oculta.

El derecho fundamental a no verse sometido a un doble enjuiciamiento de carácter punitivo está asegurado en la *inexistencia*. También, si subimos un peldaño, cuando en la sentencia absolutoria se declaran como ciertos hechos que desmontan las exigencias del tipo administrativo. Eso sí, sabemos que este segundo plano de la *declaración de certezas*, ya positivas que negativas, representa un arma de doble filo en la medida en que también puede fortalecer la posición de la Administración al frente de su desempeño sancionador. En cualquier caso, es en el tercer peldaño, el de la *falta de prueba*, donde la cosa se complica.

Hemos tratado de defender que es posible perfilar la absolución por falta de prueba en el sentido de conferir a la apreciación penal sobre lo investigado un efecto vinculante en relación con el *thema probandi* común. No se trata de

⁷⁵ Contundente, en efecto, la respuesta del TS: «Si bien los hechos probados de una sentencia penal pueden utilizarse para derivar responsabilidades administrativas, deben ser los hechos que atañen a los imputados o acusados en sí y no los hechos que atañen a un mero testigo, que no era parte y al que se sitúa así en una situación de manifiesta indefensión, pues no puede apelar ni solicitar la corrección de unas manifestaciones de una sentencia judicial correspondiente a un procedimiento en el que no fue parte. En las propias transcripciones que realiza la sentencia recurrida de tales hechos probados se dice expresamente que el Sr. Marcial no fue acusado y, por tanto, cualquier pronunciamiento que, *obiter dicta*, se contenga en dicha sentencia no prueba absolutamente nada contra una persona contra la que no se ha dirigido ningún procedimiento penal y que en consecuencia, no ha tenido, ni posibilidad, ni necesidad, de defenderse de acusación alguna».

otorgar capacidad bloqueadora a toda absolución, naturalmente. Pretendemos tan solo redondear el postulado: luego de la absolución penal, es dado retomar el expediente sancionador. Tal es la regla general. Pues bien, esa regla debería, a nuestro modo de ver, incorporar una excepción por mor de la interdicción de doble enjuiciamiento en los episodios de identidad fáctica en los tipos investigados. Para ello, el art. 77.4 de la LPAC no resulta ciertamente un buen aliado. Pero tampoco un valladar. Al fin y al cabo, no podemos olvidar que el principio *ne bis in idem* está acostumbrado entre nosotros a moverse entrelíneas, de modo que un anclaje directo en el art. 25 de la CE no tiene por qué desentonar. Sea como fuere, es de asumir que el avance propuesto tiene contrapartidas e incluso tal vez se vea en él un paso atrás en la autonomía de la vía administrativa sancionadora. Lejos de ello, la integralidad de la reacción punitiva sugiere otra perspectiva: si damos por buena la idea de una indagación común única, habrá que aplicarse en que la colaboración recíproca, la interacción entre las instancias que ejercen el poder punitivo, permita aprovechar adecuadamente la oportunidad.