

PERPLEJIDADES ACERCA DE LOS VAIVENES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL *NE BIS IN IDEM*

FRANCISCO PUERTA SEGUIDO
MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE (1)

1. *Intenciones.* La STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, destaca por tres cosas. Dos de estas cosas son meras constataciones y la otra es una opinión nuestra. Primero: porque en ella el Pleno del TC ha hecho doctrina. Segundo: porque esta nueva doctrina rectifica expresamente la anterior, que arrancaba de la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, y tuvo su continuación en la STC 152/2001, *León Socas*. Y tercero: porque parte de los problemas que se pretendía resolver no se han resuelto del todo. Más adelante haremos alguna reflexión sobre ello, pero diremos desde este momento que los propósitos del TC son del todo loables, tanto por su pretensión de hacer doctrina como por su voluntad de rectificar expresamente una doctrina anterior que ahora se ha considerado errónea. Otra cosa es que estos buenos propósitos se sustenten, como se afirma, en «bases sólidas» (2), o que lleguen a resultados claros, o por lo menos mejores que aquellos a los que se llegaba con la STC 177/1999, *Lloreda Piña*.

Como aviso metodológico, debemos advertir que nosotros sí que no pretendemos hacer doctrina. Eso lo han hecho otros. Nuestra pretensión intenta ser modesta, pues la idea es, al hilo de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, comentar la jurisprudencia constitucional referida al principio *ne bis in idem* y apuntar brevemente algunas reflexiones sobre la concurrencia de sanciones administrativas y de delitos, tan frecuente hoy en España.

(1) Nota preliminar. Habida cuenta del formato y del objeto de este trabajo, hemos manejado sobre todo aquella bibliografía, posterior a 1999, que se refiere directamente a las SSTC de 1999, 2001 y 2003 sobre el *ne bis in idem*. Aparece relacionada al final, en el apartado núm. 18.

(2) PÉREZ MANZANO: «Reflexiones...», pág. 1.

2. *Los hechos de la STC 2/2003, «Yáñez Hermida (ne bis in idem)»*. En la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, que ahora comentamos, todo arranca, como tantas veces en los amparos que llegan al TC, de una prueba de alcoholemia a la que se somete el conductor de un vehículo que, por dar positivo, es origen de un procedimiento sancionador y de un procedimiento penal. Se iniciaron dos procedimientos, penal y administrativo, que se tramitaron de forma paralela. Se abrieron diligencias penales previas, que finalizaron en junio de 1999 con la condena al Sr. Yáñez, como autor de un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 del CP, a las penas de multa de cinco meses con cuota diaria de mil pesetas y privación del derecho a conducir vehículos de motor por período de dos años. El procedimiento penal se sustanció sin que el imputado comunicara a los órganos judiciales la existencia del expediente administrativo. Sólo lo hizo en el acto del juicio oral, donde planteó la excepción de cosa juzgada como cuestión previa, que fue desestimada en aplicación de la tradicional preferencia de la jurisdicción penal. La sentencia fue recurrida en apelación, pero el recurso fue desestimado. En la fundamentación la Audiencia Provincial de La Coruña reconoció implícita pero claramente que se había producido el *bis in idem*, y para remediarlo, en el fallo acudió al criterio de la compensación, considerando que el error cometido por la Administración al no paralizar la vía sancionadora administrativa hasta el término de la judicial penal (art. 65.1 del RD-leg. 339/1990, de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial, en adelante LTSV) era subsanable mediante el descuento en la pena, en ejecución de sentencia, de las cantidades que acredite haber satisfecho a la Administración y el tiempo que efectivamente el recurrente haya sido privado el permiso de conducir. Esta es la sentencia de apelación contra la que se dirigió la demanda de amparo constitucional.

Por otra parte, la vía administrativa sancionadora se inició cuatro meses después de abrirse las diligencias penales, tras la presentación de denuncia de la Guardia Civil de Tráfico ante la Jefatura Provincial de Tráfico. A esta denuncia se adjuntó el Auto de incoación de las diligencias penales previas de 21 de abril de 1997 y la declaración como imputado del recurrente (de modo que a la Administración le constaba la existencia del pleito penal). Se tramitó el correspondiente procedimiento sancionador (la apertura del expediente y la propuesta de resolución se notificaron por edictos) que finalizó mediante resolución del Delegado del Gobierno de 25 de febrero de 1998 con imposición al infractor de una multa de cincuenta mil pesetas y suspensión de la autorización administrativa para conducir durante dos meses. El Sr. Yáñez interpuso recurso ordinario ante la Dirección General de Tráfico alegando la excepción de cosa juzgada por estar sustanciándose procedimiento penal por los mismos hechos (pero aun no había recaído sentencia ni siquiera en primera instancia). El re-

curso se resolvió estimando parcialmente las pretensiones, reduciendo la duración de la suspensión de la autorización administrativa para conducir vehículos a un mes y desestimando el recurso en todo lo demás. Ulteriormente interpuso recurso contencioso-administrativo, pero desistió del mismo. La sanción devino firme (ello ocurrió durante la tramitación del pleito penal, antes que el Juzgado dictase sentencia).

3. *El error o descuido de la Administración.* Hemos relatado con cierta prolijidad los hechos porque ponen de manifiesto la doble tramitación en paralelo de los dos procedimientos, lo cual contraviene la ley, y porque a primera vista parecen revelar una peculiar utilización de los recursos en función del discurrir de uno y otro procedimiento.

En efecto, ya se ha visto que cuando se inicia el procedimiento sancionador la Administración conocía la existencia de diligencias previas penales, y sin embargo, seguramente por error, no lo tuvo en cuenta e incumplió la obligación de paralizar el procedimiento —establecida en el art. 7 del RD 1398/1993, relativo al ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante REPS) y, específicamente para asuntos de tráfico, en el ya citado art. 65.1 de la LTSV. Posteriormente, al resolver la Administración el recurso ordinario, dijo, también de forma errónea, que figuraba en actuaciones la resolución penal absolutoria. De modo que se impuso una sanción que conforme al ordenamiento jurídico no hubiese debido imponerse.

4. *El proceder del Sr. Yáñez.* En cuanto a la estrategia procesal del Sr. Yáñez, podría pensarse que hasta el momento de la vista ocultó a los órganos judiciales penales la tramitación del procedimiento sancionador, que por ello no pudieron solicitar a la Administración sancionadora la paralización del expediente. En sus alegaciones ante el TC, el Fiscal dijo que esta era una táctica defensiva sin justificación y que dio lugar a que el Sr. Yáñez consintiese la vulneración de su derecho a no ser castigado dos veces (3). El órgano judicial no podía ya reparar la lesión comunicando a la Administración la dualidad de procedimientos sancionadores con la finalidad de paralizar el procedimiento sancionador. Sin embargo el TC en la STC que comentamos no puso reparo al comportamiento del recurrente, con el doble argumento de que el momento procesal oportuno para la puesta de manifiesto de ello ante la jurisdicción penal es precisamente el trámite de cuestiones previas del art. 793 de la LECrim,

(3) En la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, el TC no le dio la razón al Fiscal en este preciso aspecto, pero anteriormente (STC 152/2001, *León Socas*) sí había hecho suyo este argumento.

y de que sólo tuvo conocimiento fehaciente del procedimiento sancionador cuando se le notificó personalmente la sanción y no durante la instrucción del mismo (los actos de instrucción se notificaron por vía edictal).

Más adelante volveremos sobre esto, pero puede quedar dicho desde ahora que estamos de acuerdo lo que sostiene el TC: al recurrente no le es exigible una diligencia mayor, dado que el error lo ha cometido la Administración al no paralizar el expediente, y tal cosa no puede —o no debería— perjudicarlo. Sin embargo, lo que late bajo la doctrina constitucional de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, es la presunción de que quien se aquieta a la sanción actúa de mala fe y comete fraude. Acaso por ello las consecuencias de esta doctrina, en el fondo, sí le perjudican, porque le obligan a soportar los dos castigos.

5. *La doctrina constitucional existente antes de enero de 2003: la STC 177/1999, Lloreda Piña.* El TC, a la hora de resolver si la sentencia penal vulneraba o no el derecho del Sr. Yáñez al *ne bis in idem*, lo tenía a priori muy fácil. Porque apenas tres años antes, en la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, había resuelto un caso prácticamente idéntico (bien es verdad que se refería a tipos sancionadores y penales distintos). La Generalidad de Cataluña, en octubre de 1990, sancionó a la empresa «Industria de Recubrimiento de Metales Lloreda, S.A.» (IRM Lloreda, S.A.), de la que era Consejero delegado y Director el recurrente de amparo, con una multa de un millón de pesetas, por haber realizado, careciendo de autorización, vertidos contaminantes que superaban los límites máximos permitidos por la Legislación en materia de aguas. La sanción no fue recurrida por la empresa, por lo que devino firme, y la multa fue abonada en junio de 1991.

Una vez impuesta la sanción, la Generalidad pasó el tanto de culpa al Ministerio Fiscal quien, en febrero de 1991 —cuando, repetimos, se había ya impuesto la sanción y estaba pendiente de ejecución—, interpuso querrela contra directivos de la empresa «IRM Lloreda, S.A.» por delito contra el medio ambiente. El Juez de lo Penal núm. 22 de Barcelona condenó al recurrente en amparo, en su condición de Consejero delegado y Director de la empresa «IRM Lloreda, S.A.», como autor de un delito contra la salud pública y el medio ambiente del entonces vigente art. 347 bis del CP a las penas de dos meses de arresto mayor, accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días en caso de impago y al abono de la mitad de las costas procesales. En el acto del juicio oral el recurrente planteó, como cuestión previa a resolver en la audiencia preliminar, la vulneración del principio *ne bis in idem* por haber sido sancionado previamente en la vía administra-

tiva por los mismos hechos, pretensión que fue rechazada por el Juez, quien ordenó la continuación del juicio. Recurrída en apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó íntegramente la sentencia impugnada (4).

6. *La clave del problema.* Las sentencias penales impugnadas en la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, y en la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, constataron la vulneración del *ne bis in idem*, pero pese a ello impusieron la pena en aplicación de la regla de prevalencia de la jurisdicción penal sobre el ejercicio del poder administrativo sancionador. Tal regla, como es conocido, implica que la potestad sancionadora, por su rango subordinado, debe ceder ante el Derecho penal. Ello conduce a la incriminación penal y a dictar sentencia condenatoria si la conducta del inculpaado es constitutiva de delito, y ello incluso en el caso de que la misma conducta haya sido anteriormente sancionada por la Administración. Pero para evitar el resultado del doble castigo, las sentencias penales terminan descontando las cantidades ya pagadas a la Administración en ejecución de la sanción administrativa.

Ante lo mismo (condenas penales tras sanciones administrativas y compensación de la pena con la sanción) el TC ha dado dos respuestas distintas. En 1999 concedió el amparo, anulando la sentencia penal, mientras que en 2003 lo denegó.

La doctrina constitucional resultante de la STC 177/1999, *Lloreda Piña* —hoy expresamente rectificada— centra su tesis en la preferencia de la garan-

(4) Después de la STC 177/1999 *Lloreda Piña* el TC dictó la STC 152/2001, *León Socas*, reiterando la doctrina de aquella, pero el fallo fue distinto [en lugar de estimar el amparo se inadmitió por falta de invocación oportuna, conforme a los arts. 50.1.a) y 44.1.c) de la LOTC]. Se trata de que el demandante de amparo fue sancionado en vía administrativa, con multa de cincuenta mil pesetas y privación del permiso de conducir por plazo de tres meses, por los mismos hechos por los que fue luego condenado en la vía penal [se trataba, al igual que en la posterior STC 2/2003 *Yáñez Hermida (ne bis in idem)* de un conductor que dio positivo en un control de alcoholemia]. Circunstancia de la que informó en su día al Juzgado de Instrucción, al presentar el correspondiente escrito de defensa, interesando entonces la aplicación del principio *ne bis in idem* para evitar la doble sanción. El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife condenó al ahora demandante de amparo como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó parcialmente el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado admitiendo que se había producido una doble sanción de igual naturaleza por los mismos hechos, si bien, al estimar la prevalencia *erga omnes* de la jurisdicción penal, mantuvo la condena penal, a pesar de la constancia de la sanción administrativa anterior, atemperando la pena impuesta. En efecto, la Audiencia Provincial entiende que se ha producido una vulneración del principio *ne bis in idem* y, en consecuencia, del art. 25.1 de la CE, pero tal vulneración la resolvió simplemente teniéndola en cuenta a la hora de imponer la pena, rebajando la impuesta en la primera instancia.

tía material que deriva del principio *ne bis in idem*, relegando a un segundo plano la garantía formal o procesal que había llevado, en pronunciamientos anteriores (5), a afirmar la preferencia del orden penal sobre el sancionador administrativo cuando concurrían las identidades necesarias. La STC 177/1999, *Lloreda Piña*, sostiene que una vez impuesta la sanción, pese a haber pasado el tanto de culpa al orden jurisdiccional penal y estar pendiente pronunciamiento de tal naturaleza, el incumplimiento de la obligación legal de paralizar el procedimiento administrativo que pesa sobre la Administración sancionadora no puede producir el efecto aflictivo para el sancionado de una posible posterior condena penal. La garantía material que deriva del principio *ne bis in idem*, impidiendo el doble castigo, debe prevalecer sobre la garantía formal o procesal configurada sobre la base de la subordinación del procedimiento administrativo sancionador al pronunciamiento penal.

La clave, como señala el propio TC en el FJ. 2 de la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, reside «en determinar si los tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem*, o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba», es decir, compensando en la condena penal los contenidos aflictivos de las resoluciones administrativas sancionadoras.

7. *La respuesta de la STC 177/1999, Lloreda Piña.* El eje de la construcción jurisprudencial que estamos analizando se encuentra en el FJ. 3 de la STC 177/1999, *Lloreda Piña*. En contra de la anterior doctrina constitucional, el TC señaló en 1999 que la dimensión procesal del principio *ne bis in idem* cobra pleno sentido a partir de su vertiente material:

«Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia

(5) Fundamentalmente la STC 77/1983 *Gómez Rodríguez*, y luego unas ocho o diez que recoge PÉREZ MANZANO: *La prohibición...*, pág. 28.

de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquél derecho fundamental».

Esta primacía de la vertiente material del principio sobre la dimensión procesal no es ilimitada. Quien acude en amparo por lesión del *ne bis in idem* tenía la carga de haber comunicado a la Administración sancionadora la pendencia del proceso penal, de manera que si no lo hizo, dando lugar a que se dictase la correspondiente resolución sancionadora con la finalidad de dejar sin efecto el proceso penal en curso, ello conduce a la desestimación del amparo. Como señala el TC en el FJ. 2 de la STC 152/2001, *León Socas* (que, recordemos, inadmitió la demanda por falta de invocación),

«a la hora de analizar, y decidir, en este caso si el resultado final de la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, vulnera el principio de non bis in idem; o, más precisamente, si la postrera sentencia penal incurre en la violación de ese principio, deberá ser objeto de consideración especial el dato de que en la producción de dicha duplicidad ha influido de modo decisivo la actitud del recurrente, que perfectamente pudo haberlo impedido, y no lo intentó, simplemente con la alegación en el procedimiento administrativo de la simultánea pendencia del proceso penal, lo que hubiera podido determinar la suspensión del primero, conforme a lo dispuesto en el art. 7.2 del RD 1398/1993, y a la postre su sobreseimiento, una vez pronunciada la sentencia penal, según lo dispuesto en el art. 5.1 del propio Real Decreto».

8. La respuesta de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* «(*ne bis in idem*)». Ya hemos dicho que la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), dio una respuesta completamente distinta a la de las Sentencias 177/1999, *Lloreda Piña*, y 152/2001, *León Socas*. El cambio esencial está en la relación entre las llamadas vertiente procesal y material del principio *ne bis in idem*. En efecto, en la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), la garantía formal de este principio, contrariamente a la solución a que se llegó en la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, expresa la preferencia tradicional en nuestro sistema jurídico del orden penal sobre la actuación sancionadora de las Administraciones Públicas, que, entre otras cosas, significa que éstas vienen obligadas a paralizar el ejercicio de la potestad sancionadora cuando los hechos a sancionar pueden ser constitutivos de delito o falta. Como señala el propio TC en el FJ. 3 de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), citando la STC 77/1983 *Gómez Rodríguez*,

«de esta subordinación deriva una triple exigencia: el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno».

tuno recurso; la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; la necesidad de respetar la cosa juzgada».

Desde esta preferencia de lo penal (o, según se mire, desde la subordinación de lo administrativo) no es en principio posible que el TC anule, en vía de amparo, la sentencia penal que impuso la condena a sabiendas de que ya existía sanción administrativa. Y ello precisamente porque el juez penal, al condenar en lugar de absolver, actuó correctamente conforme a la preferencia de lo penal. De manera que donde en 1999 se estimó el amparo, anulándose la condena, en 2003 se denegó el amparo, manteniéndose la condena.

9. *De lo que no se habla aquí.* Hasta aquí lo más significativo de las dos sentencias de los años 1999 y 2003. Insistimos en que en 1999 se otorgó el amparo, anulándose la sentencia penal que había condenado a quien ya había sido previamente sancionado y que había compensado o descontado la condena, mientras que en 2003 se rectificó esa doctrina y, reforzando la vertiente procesal frente a la vertiente material, el TC denegó el amparo, afirmando además que no había en realidad duplicidad sancionadora.

Habría mucho que decir sobre estas dos sentencias. De algunas de esas muchas cosas no nos vamos a ocuparnos ahora, pues ya señalamos al empezar que no queríamos hacer doctrina. No vamos a hablar del fundamento constitucional del *ne bis in idem*, que ha preocupado mucho sobre todo a la doctrina penalista (6), ni de la posibilidad de imponer dos sanciones en el ámbito de las lla-

(6) Hay quien ubica el principio *ne bis in idem* en el principio de legalidad penal y administrativo (art. 25 de la CE), y hay quien cuestiona esta idea. Entre aquellos: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29 (1981), o RAMÓN GARCÍA ALBERO: *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 82, y «La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre distinción de ilícitos», en VV.AA.: *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats, coords.), Aranzadi, Pamplona, 2001. Por el contrario LUIS ARROYO ZAPATERO: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8 (1983), pág. 19, o *Derecho penal del trabajo*, Praxis, Madrid, 1988, pág. 15, defiende que la prohibición de duplicidad está en el art. 9.3 de la CE (también Garberí lo vincula con la seguridad jurídica). Otros (Del Rey, Queralt, Benlloch) hablan de la proporcionalidad: véanse las referencias doctrinales en PÉREZ MANZANO: *La prohibición...*, pág. 74, y en «Reflexiones...», nota núm. 5 pág. 8 (también el TC lo ha hecho en alguna ocasión, por ejemplo en el FJ. 3 de la STC 177/1999 *Lloreda Piña*). El

madras relaciones de sujeción especial, cosa criticada por algunos autores (7), ni de la técnica de remisión o de ley penal en blanco (la redacción del CP y la asunción de competencias por las CC.AA. en materia medioambiental hacen que, en realidad y de forma indirecta, las CC.AA. sean cotitulares de la capacidad de tipificar delitos) (8), ni tampoco, ya desde un punto de vista procesal, del momento de la invocación de la vulneración de la lesión del derecho fundamental que luego sustentaría la demanda de amparo, a efectos del art. 44.1.c)

TC ha ubicado desde el primer momento el *ne bis in idem* en el art. 25 de la CE, por referencia a la legalidad y a la tipicidad (SSTC 2/1981 *J. Y. M.* y 77/1983 *Gómez Rodríguez*). Por su parte, en una interpretación heterodoxa, Caamaño Domínguez sostiene que el *ne bis in idem* no se halla en el art. 25 de la CE sino en el art. 17.1 de la CE (derecho a la seguridad personal), y se articula como una garantía más del art. 24.2 de la CE (en tanto que manifestación de la cosa juzgada): *La garantía ...* págs. 171-176. Un resumen de todas estas posturas doctrinales puede verse en CANO CAMPOS: «*Non bis in idem...*», págs. 210-211, y en PÉREZ MANZANO: «*Reflexiones...*», pág. 2, y *La prohibición...*, págs. 72 y sigs.

(7) El TC excepciona el principio *ne bis in idem* a los casos de relación especial de sujeción entre el sancionado/condenado y la Administración, sin por ello haber definido con cierta claridad qué cosa es una relación especial de sujeción (detectives privados, promotores de VPO, presos, funcionarios en general —y militares o policiales en particular— estudiantes, etc.). Véase una crítica en DE TOLEDO, citado por SUSANA HUERTA TOCILDO: «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en VV.AA.: *El principio de legalidad (Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, CEPC, Madrid, 2000, pág. 54 (véase también de la misma autora «*Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios*», en VV.AA.: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 37 y sigs.). Asimismo BELÉN MARINA JALVO: «*Non bis in idem* e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía», *Revista de Administración Pública*, núm. 155 (2001), págs. 183 y sigs.

(8) Al respecto pueden verse JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: «Las “normas de complemento” de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas», *Poder Judicial*, 1998, pág. 483; FERMÍN MORALES PRATS: «La técnica de la ley penal en blanco y el papel de la legislación de las Comunidades Autónomas en el delito ambiental», en VV.AA.: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, vol. I, págs. 359 y sigs.; TOMÁS CANO CAMPOS: «La suspensión de las autorizaciones administrativas para conducir en las infracciones sancionadas por autoridades distintas de las del Estado», *REDA*, núm. 120 (2003), págs. 591 y sigs., así como ESTEBAN MESTRE DELGADO: «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», *ADPCP*, 1988, págs. 503 y sigs. Por su parte M. Y. GARCÍA HERNÁNDEZ: «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en VV.AA.: *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente* (J. A. Martos ed.), Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, págs. 57 y sigs., citando a Casabó, Cuesta, Boix o Rodríguez Ramos, duda de la constitucionalidad de que las CC.AA., al tipificar —dentro de sus competencias— infracciones ambientales, se conviertan en legisladores penales. Más en general, sobre la técnica de las normas penales en blanco, puede verse A. DOVAL PAÍS: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

de la LOTC (9), ni por último de lo excepcional —y a nuestro juicio positivo— que resulta que el TC diga expresamente cuándo cambia de línea jurisprudencial o rectifica la que decía seguir hasta ese momento (10). Tampoco nos vamos a detener en la formulación ortográfica del principio (hay quien escribe *ne bis in idem* y hay quien escribe *non bis in idem*) —aunque no estaría de más ponerse de acuerdo (11).

Sí queremos abordar algunas cuestiones. Por este orden: la competencia del TC para revisar la apreciación, hecha en sede jurisdiccional, de la concurrencia de las llamadas tres identidades; la preferencia de la vía penal sobre la Administración (o de la vertiente material sobre la vertiente procesal); y la existencia o no de doble sanción. También habrá al final una reflexión sobre algunos aspectos más generales que cabe deducir de la nueva doctrina del TC.

10. *La competencia del TC para verificar la triple identidad (I).* Uno de los aspectos esenciales en la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, es el análisis de la concurrencia de la triple identidad, de hechos, sujetos y funda-

(9) Este aspecto, que tiene una importancia no sólo procesal, preocupaba mucho al TC, y de hecho en el FJ. 2.e) de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, la recogió como una de las cuatro cuestiones sobre las que quiso pronunciarse a efectos de apartarse de la doctrina de la STC 177/1999 *Lloreda Piña*.

(10) Sólo una vez entre 1981 y 2003 el TC había recurrido formalmente al art. 13 de la LOTC para rectificar su propia doctrina. La STC 160/1991, *Alonso Conde (Presa de Riaño)*, sentó la nueva jurisprudencia en materia de entrada en domicilio para la ejecución de actos administrativos, contenida hasta entonces en la STC 22/1984 *Tomás Pravia*. También en la STC 182/1997 *Decreto-ley en materia tributaria* hubo un cambio de parecer, pero tratándose de doctrina sobre procesos de inconstitucionalidad de leyes en los que siempre actúa el Pleno, no hubo aplicación del art. 13 de la LOTC. Al respecto véase MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ: «Comentario al art. 13», en VV.AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Juan Luis Requejo Pagés ed.), BOE, Madrid, 2001, págs. 263-277. La STC 175/2001, *Caldes d'Estrac*, resolvió un amparo avocado al pleno en el que se hizo doctrina, pero sin haberse recurrido al art. 13 de la LOTC y sin decirse expresamente que se rectificaba ninguna doctrina anterior (pero indirectamente sí se rectificó la línea que se seguía en el ATC 287/2000 *Diputación Provincial de Burgos*). Estas sentencias se referían a la titularidad de los derechos del art. 24 de la CE por parte de las Administraciones Públicas. Al respecto puede verse FRANCISCO VELASCO CABALLERO: *Administraciones Públicas y derecho a la tutela judicial efectiva. La Administración como titular del derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 2003.

(11) Si bien puestos a utilizar palabras en latín, parece que debería respetarse la gramática latina, con lo que debiera decirse *ne bis in idem*, según hacen autores como León Villalba o el propio TC en la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, o según hacen los italianos —por lo general más fieles que los españoles a la hora de atenerse a la ortodoxia del latín—. Curiosamente en la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, se emplea *non bis in idem*, con lo que la rectificación de doctrina alcanza incluso a la terminología. La STC 152/2001, *León Socas* (FJ. 1) recoge indistintamente ambas formas.

mento, exigida por el principio *ne bis in idem*. Conviene aquí destacar la ruptura abierta con la jurisprudencia constitucional precedente, o sea con la STC 177/1999, *Lloreda Piña* (12). En esta, de forma a nuestro juicio del todo coherente con la jurisprudencia constitucional sobre la imposibilidad de conocer de hechos [art. 44.1.b) de la LOTC] y con la lógica del recurso de amparo, el TC afirmó que no era tarea suya revisar lo afirmado tanto por la Administración sancionadora como, sobre todo, por los órganos judiciales penales en orden a la existencia de las identidades necesarias para apreciar la eventual vulneración del derecho fundamental invocado. Por el contrario la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), considera que la triple identidad es el presupuesto de aplicación de la prohibición de *bis in idem* siendo necesario, como «punto de partida», el examen de esta cuestión.

En esta tarea de verificación de la triple identidad emplea el TC la mayor parte del FJ. 5 de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), con un detallado examen de los tipos administrativo y penal y una exposición de la jurisprudencia del TEDH. La identidad de los ilícitos sancionadores se produce cuando comparten elementos nucleares comunes, de modo que al imponerse ambas sanciones resulta doblemente castigado un mismo sujeto y una misma conducta sin que pueda justificarse la reiteración sancionadora en un diferente fundamento al proteger ambas normas el mismo bien o interés jurídico. Pero cuando el fundamento es distinto sí cabe el doble castigo.

En el caso concreto de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), el elemento común a los tipos penal y sancionador era la conducción de un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol superando las tasas reglamentariamente determinadas. La diferencia está en la necesidad, para que proceda el reproche penal de la conducta, de que la ingestión de las bebidas alcohólicas afecte a las condiciones psicofísicas del inculpado y, por ello, incida en la seguridad en el tráfico, mientras que, por el contrario, para la integración del tipo infractor administrativo es suficiente la superación de la tasa de alcohol fijada en la norma sin reparar en su influencia en la facultades o aptitudes del sujeto para la conducción del vehículo. Se trata, como señala el TC, «*de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física, inherente a la conducción realizada por una persona con sus facultades psico-físicas disminuidas, debido a*

(12) No en vano este era otro de los cuatro extremos sobre los que el TC quiso expresamente rectificar la doctrina del año 1999: FJ. 2.e) de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), y además es uno de los puntos de discrepancia del magistrado García Manzano en su voto particular a esta sentencia.

la efectiva influencia del alcohol ingerido» [STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, FJ. 5].

11. *La competencia del TC para verificar la triple identidad (II): crítica a la respuesta de la STC 2/2003, Yáñez Hermida (ne bis in idem)*. Estamos ante una paradoja bien curiosa: las dos líneas jurisprudenciales que se oponen (la de 1999 y la de 2003) afirman que la llamada triple identidad es «el punto de partida» (STC 177/1999, *Lloreda Piña*, FJ. 2) o el «presupuesto» [STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, FJ. 5] para que se dé la prohibición de *bis in idem* y para que entre en juego la jurisdicción constitucional. ¿Están diciendo lo mismo o están diciendo lo contrario? En ambos casos la semántica le ha jugado al TC una —pequeña— mala pasada, pues bajo expresiones prácticamente idénticas las dos sentencias sostienen tesis contrapuestas. En 1999 se dice que lo que establezcan los tribunales penales sobre ese «presupuesto» «no puede ser cuestionado por el TC», mientras que en 2003 se rectifica expresamente esta afirmación, sosteniendo ahora el TC que sí se puede revisar la declaración o la inexistencia de pronunciamiento al respecto.

¿Puede el TC decir que no había identidad cuando los órganos penales dijeron que sí la había? (13). Y al revés: ¿puede afirmar la identidad cuando ello se rechazó en la vía judicial? (14). A lo primero nos parece que no. Y a lo segundo que sí. Esto último resulta evidente, pues tal verificación deriva necesariamente de la función de garantía del derecho fundamental a no ser castigado dos veces, que desde la STC 2/1981, *J. Y. M.*, el TC ha incardinado en el art. 25 de la CE. Sin embargo esta operación lleva siempre consigo el riesgo de rehacer valoraciones —de hechos o de interpretación jurídica— que pertenecen a la legalidad ordinaria (15). Es un riesgo que el TC tiene que afrontar con suma

(13) O sea: ¿puede el TC decir que no había *bis in idem*, anulando una declaración jurisdiccional de que sí lo había?

(14) O sea: ¿puede el TC afirmar que había *bis in idem*, revocando una sentencia que, por no apreciarlo, mantuvo los dos castigos?

(15) Así lo reconoce la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, al decir que el art. 117.3 de la CE atribuye a los jueces la potestad jurisdiccional, «siendo por consiguiente tarea atribuida a estos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable» (FJ. 5). La identificación del bien jurídico protegido por cada tipo (o del fundamento, que para lo que ahora nos interesa es lo mismo, si bien PÉREZ MANZANO: «Reflexiones...», pág. 4, establece diferencias conceptuales entre fundamento, interés o bien jurídico protegido y desvalor de la conducta) es una operación valorativa o interpretativa, que puede ser realizada de forma distinta por dos órganos jurisdiccionales o por el mismo órgano en dos momentos distintos. Pongamos que dos Audiencias Provinciales interpreten el mismo supuesto de *bis in idem* de forma distinta, y en un caso se aprecia el mismo fundamento o bien jurídico (con lo que el doble castigo es inconstitucional) y en otro no (siendo válidos los dos castigos). Téngase

cautela. En cambio, respecto de la primera de las dos preguntas que hemos formulado creemos, en la línea sostenida por Caamaño Domínguez, que si ante la jurisdicción penal al ciudadano se le ha reconocido la vulneración de la CE por haberse apreciado las tres identidades que conforman el *bis in idem*, ello no es revisable por el TC (16). En el caso de la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, la Audiencia de Barcelona constató expresamente la vulneración del principio *ne bis in idem*, y procedió a repararlo descontando de la condena la cantidad ya pagada a la Administración. La queja del Sr. Lloreda es entonces algo así como un contra-amparo, pues en realidad la demanda de amparo opera como una casación frente a una sentencia que *a*) ya reconoció la lesión de la CE, al afirmar que existió la llamada triple identidad y que por consiguiente hubo *bis in idem* y *b*) la reparó de una manera que no satisface al recurrente (17). Y son de sobras conocidos los serios inconvenientes que derivan de que el TC se meta en camisa de once varas y, saliéndose de la posición que el sistema de protección de derechos fundamentales le atribuye, se pronuncia sobre aquello que no debe (18).

presente que la determinación de los bienes jurídicos protegidos por la tipificación de los delitos o faltas no siempre es unívoca o pacífica. En ambas sentencias la interpretación es del todo motivada y no arbitraria. Y esta divergencia sólo podrá repararse en los casos excepcionales en que quepa casación frente a las sentencias de las Audiencias. Por otro lado, en el voto particular del Magistrado Cruz Villalón y la Magistrada Casas Baamonde a la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, se reflejan los peligros de las apreciaciones sobre las tres identidades que conforman el *ne bis in idem*: para el órgano jurisdiccional se daban las tres identidades —singularmente el mismo fundamento o bien jurídico— y para estos dos Magistrados los bienes jurídicos protegidos eran distintos. Sirva ello de ejemplo para ilustrar las dificultades con que topa el control por el TC —o por cualquier otro órgano jurisdiccional— de las tres identidades.

(16) En el mismo sentido MARINA JALVO: «La problemática...», pág. 180: «Parece claro que el análisis de comparación o de comprobación de las identidades de los ilícitos es tarca de calificación jurídica que, según el art. 117.3 de la CE, incumbe a los jueces y tribunales de la jurisdicción penal».

(17) PÉREZ MANZANO (*La prohibición...*, págs. 168 y sigs.) afirma que no se trataba de un contra-amparo, y por consiguiente se muestra favorable al criterio de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*). CAAMAÑO DOMÍNGUEZ [en FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ y ÁNGEL GÓMEZ MONTORO: «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del TC español durante los años 1999 y 2000», *ADCP*, núm. 12-13 (2000-2001), pág. 259] sostiene que sí era un contra-amparo, y REQUEJO RODRÍGUEZ («*Ne bis in idem...*», pág. 61) que hipotéticamente podía serlo, pero al no haber una tercera persona que resultase perjudicada por la extensión indebida del contenido del derecho fundamental no cabe hablar en puridad de contra-amparo.

(18) Sobre el concepto y los peligros del contra-amparo debe verse FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado "contra-amparo"», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47 (1996), págs. 125 y sigs.

12. *La prevalencia de la vía penal (I).* La segunda reflexión que nos interesa hacer se refiere a la preferencia de la vertiente material del *ne bis in idem* sobre la vertiente formal (19). La nueva doctrina constitucional supone la recuperación de la garantía formal o procesal derivada del principio de *ne bis in idem*, sacrificada en beneficio de la vertiente material en la STC 177/1999, *Lloreda Piña*. Pese a reconocer que la potestad punitiva del Estado no es ilimitada y está, por ello, subordinada a principios como el de seguridad jurídica y a valores como la libertad (20), a juicio del TC no genera lesión constitucional la doble sustanciación de procedimientos sancionadores cuando la concurrencia de las resoluciones aflictivas se produce en los términos enjuiciados en este caso concreto (o sea, primero sanción administrativa y posteriormente condena penal). La excepción de cosa juzgada sólo es predicable de las resoluciones judiciales sin que pueda atribuirse ese efecto a la sanción administrativa en el ulterior proceso penal. Debe tenerse en cuenta, además, que

«uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 de la CE). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada» [STC 2/2003, Yáñez Hermida (ne bis in idem), FJ. 7].

El límite al *ius puniendi* que representa la prohibición del doble procedimiento punitivo sólo está, por tanto, constitucionalmente reconocido cuando se trata de un doble proceso de naturaleza penal, y ello a pesar de que el TC admite en el FJ. 7 de la sentencia comentada que los textos internacionales protegen al ciudadano frente a una nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador, ya sea de naturaleza administrativa o penal y con independencia del resultado del mismo (sanción/condena o absolución).

13. *La prevalencia de la vía penal (II): fundamento constitucional.* El diferente alcance del principio en función de la naturaleza de los procedimientos conectados se construye sobre la base de la preferencia del orden penal sobre el

(19) O de la preferencia absoluta del orden penal sobre el administrativo, que si bien no son exactamente lo mismo suele ser empleados en doctrina y jurisprudencia como equivalentes.

(20) Lo cual aconsejaría, y así lo reconoce el TC en el FJ. 8 de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, la prohibición de ser sometido a un doble proceso punitivo.

sancionador administrativo. En los FF.JJ. 8 y 9 de la STC 2/2003, *Yáñez Her-mida (ne bis in idem)*, el TC refuerza esta tradicional doctrina que no ha conocido más excepción que la resultante de la STC 177/1999, *Lloreda Piña* —excepción que en adelante, a lo que parece, ha de considerarse desterrada. Esa preferencia del orden penal se apoya en los siguientes argumentos:

a) Las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24 de la CE sólo operan con plenitud en el proceso penal. «*La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado —por conducir habiendo ingerido alcohol en un grado superior a las tasas reglamentariamente determinadas— a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador*» (FJ. 8). La presunción de inocencia y la garantía de imparcialidad en el ejercicio de la potestad punitiva son preservadas con toda su intensidad en el marco de un proceso penal —proceso que, contrariamente a lo sancionador, no admite modulación de los principios y garantías constitucionales.

b) En el ordenamiento jurídico español se contempla la obligación general de paralizar los procedimientos administrativos sancionadores cuando concurren con procesos penales seguidos por los mismos hechos, contra los mismos sujetos y con los mismos fundamentos. En el caso analizado la generalidad de la regla cuenta con expresiones concretas positivizadas (arts. 7.2 del REPS y 65.1 de la LTSV).

c) El posible reproche penal impone necesariamente la subordinación de la actuación sancionadora administrativa al juez penal, único poder público competente para enjuiciar los comportamientos que pueden ser constitutivos de delito o falta. En los casos de concurrencia normativa aparente entre disposiciones administrativas sancionadoras y penales, la prevalencia del orden penal determina la subsidiariedad, al parecer incondicionada, de la potestad administrativa sancionadora, debiendo la Administración pasar el tanto de culpa al orden jurisdiccional competente y absteniéndose de seguir el procedimiento administrativo en tanto el juez penal no dicte sentencia firme.

d) En contra de la doctrina mantenida en la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, la cuestión relativa al orden cronológico en que se producen las intervenciones administrativa y jurisdiccional tiene ahora una gran relevancia constitucional. La prevalencia del orden penal y la garantía formal derivada del principio *ne bis in idem* convierten en inconstitucionales las soluciones que, como la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, promuevan, sin condiciones y en todo caso, la anulación del segundo castigo penal. Las resoluciones penales, concluye el TC, «no han ocasionado la vulneración del derecho a no ser sancionado en más de una

ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento (art. 25.1 de la CE), pues no ha habido reiteración sancionadora (bis), ni tampoco la lesión del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento punitivo por los mismos hechos (art. 24.2 en relación con el art. 25.1 de la CE), ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental» [STC 2/2003, Yáñez Hermida (ne bis in idem), FJ. 11].

14. *La prevalencia de la vía penal (III): comentarios críticos.* Esta argumentación merece algunas consideraciones. Comenzaremos por precisar que el último fragmento citado de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)* —aquél en el que se dice que no hay reiteración punitiva— lo estudiaremos en el apartado núm. 16. Sí nos detendremos ahora en la cuestión de la preferencia o prevalencia del orden penal.

El TC parte de que la CE reconoce, en caso de *bis in idem*, la preferencia, supremacía o prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora administrativa. Pero si bien se mira la CE no dice nada de esto. Como ha señalado, entre otros, Caamaño Domínguez, la CE no prejuzga la relación de superioridad de un orden jurisdiccional sobre el otro, ni de los valores o principios del uno sobre los del otro (21). Los argumentos del TC para sostener lo contrario o pertenecen a la legalidad ordinaria, con lo que incurre en el error, no demasiado infrecuente en la jurisprudencia constitucional, de interpretar la CE conforme a lo que establece el legislador, o pertenecen a la tradición penalista, que se sepa no constitucionalizada (22), o vedan al legislador opciones *a priori* legítimas (23), o son cir-

(21) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *La garantía...*, pág. 171, y «Crónica...», pág. 260 («Lo que no está constitucionalmente garantizado es la llamada preferencia de la jurisdicción penal sobre las restantes jurisdicciones»). La única diferencia, por lo demás expresamente mencionada en la CE, es la imposibilidad de que las sanciones de la Administración civil sean privativas de libertad (art. 25). La otra posible diferencia (la aplicación de las garantías del art. 24.2 de la CE sólo al ámbito judicial) ha sido casi eliminada por el TC al trasladar tales garantías —bien es verdad que «con matices»— a lo sancionador.

(22) Nos referimos al principio de mínima intervención, no expresamente mencionado en la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, pero a nuestro juicio latente en la argumentación del TC.

(23) La constitucionalización de la prevalencia de lo penal parece cerrar el paso a que el legislador, como se hizo en Italia, establezca una regla de aplicación de la ley especial (la sanción administrativa) en detrimento de la ley general (el CP). En sentido contrario PÉREZ MANZANO («Reflexiones...», pág. 7), consciente de este problema, ofrece argumentos conforme a los cuales serían en su opinión constitucionales disposiciones que optasen por el llamado principio de especialidad y que desplazasen la norma penal en beneficio de la administrativa.

culares (24), o por último descansan en una apreciación subjetiva difícilmente verificable como es que la prohibición de un doble procedimiento sancionador sólo rige respecto de aquellos expedientes administrativos que por su «complejidad» (*sic.*) o por la gravedad de su sanción sean equiparables a un proceso penal. Y su reverso: la CE permite la doble sanción, o por lo menos el doble procedimiento, en caso de que se aprecie una característica de «sencillez» (*sic.*) en el procedimiento sancionador o de levedad de la sanción en comparación con el castigo penal.

Esto nos parece muy discutible, pues en el fondo deja la aplicación de la prohibición de doble castigo en manos de cada intérprete, sin mayor herramienta que su propia apreciación de la «complejidad» o «sencillez» del procedimiento o de la gravedad o benignidad de la sanción administrativa en relación con la condena penal. Nada menos que el quicio de la aplicación del *ne bis in idem* queda en manos de una operación interpretativa —para la cual además el TC no parece ofrecer pista alguna—. Pero hay más: en el FJ. 8.º de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, a continuación de enunciar la regla general (conforme a la cual hay casos en los que «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») se lee una frase capital en la inteligencia de la doctrina constitucional, y que nuestro juicio resulta muy reveladora del ánimo —deliberado o no— del TC de limitar la aplicación de la prohibición de doble castigo. Dice el TC lo siguiente: «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».

O sea: si no hemos entendido mal, el *ne bis in idem* implica sólo en ciertos casos la prohibición del doble enjuiciamiento administrativo y penal. Pero estos casos son, por hipótesis, muy infrecuentes, por lo que la regla es, en principio, que se puede válidamente enjuiciar y castigar dos veces por los mismos hechos. Ello significa, como ya hemos apuntado, permitir el doble proceso (administrativo y penal) en todos aquellos supuestos en los que, por no tratarse de un procedimiento administrativo «complejo» y con una sanción grave, no haya equiparación posible entre el castigo administrativo y el castigo penal.

(24) Cuando el TC afirma la obviedad de que el juez penal es el único poder público competente para enjuiciar los comportamientos constitutivos de delito o falta.

Más adelante volveremos sobre esta cuestión, pero vaya por delante que no compartimos esta merma de garantías constitucionales.

Por todo ello no nos parece convincente la argumentación del TC. Además, la clave del asunto descansa en una precomprensión del *ius puniendi* estatal, cuestión filosófica sobre la que casi nadie se pone de acuerdo y que ha sido interpretada, desde el punto de vista de las garantías, con bastante ambigüedad. Si, como hoy en día tiende a hacerse, se entiende que el *ius puniendi* es uno (incluyendo, por tanto, lo penal y lo administrativo), ni hay razón para la preferencia automática de lo penal ni en teoría podría haber en ningún caso *bis in idem*. Si se entiende que hay dos fuentes, más o menos separadas, del castigo público, sí puede haber superioridad o preferencia de una sobre la otra y también puede haber *bis in idem*, en función del fundamento de las respectivas tipificaciones penal o sancionadora. Lo que no tendría coherencia sería afirmar —por lo menos tendencialmente— la unidad del *ius puniendi* y luego admitir diferentes garantías para según qué cosas, y admitir también la doble sanción (25). El TC parece, en ocasiones, decantarse por esta solución que nos parece poco coherente. Por lo menos cuando permite el *bis in idem* en las llamadas relaciones de sujeción especial, o cuando, como en el caso de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, concluye que no es inconstitucional el doble castigo (26).

Y es que hasta el momento la tendencia del TC había venido siendo extender («con matices») las garantías penales del art. 24.2 de la CE al ámbito sancionador. No sin alguna —pocas— crítica, que han puesto de manifiesto la excesiva judicialización de las sanciones administrativas y la creciente dificultad para las Administraciones Públicas de poner en marcha sus resortes punitivos. Sea ello como fuere, la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, representa un paso atrás en esta evolución expansiva de las garantías penales.

Hay otro modo de ver esta cuestión, menos filosófico y probablemente más apegado al texto de CE. Si, como apunta el TC al decir que como regla general y salvo matices, se aplica el art. 24.2 de la CE a las sanciones administrativas, entonces es que hay un mismo haz de garantías de las que el ciudadano dispone

(25) «Si uno es el *ius puniendi* del Estado uno ha de ser el castigo legalmente previsto»: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: «Crónica...», pág. 257.

(26) También MARINA JALVO critica la solución del TC, calificándola de «sorprendente» y de «artificiosa», y concluye que «Si el propio TC parte de considerar que el procedimiento administrativo sancionador no reúne garantías comparables a las típicas del proceso penal, ¿cómo es posible sostener después que la tramitación de ese procedimiento es insignificante desde el punto de vista de la prohibición constitucional de dualidad de procedimientos sancionadores?» («La problemática...», pág. 184).

frente al *ius puniendi* estatal —venga éste de donde venga—. Si ello es así, tampoco existe *a priori* razón alguna en la CE que obligue a la preferencia de lo penal sobre lo sancionador, pues se trataría de formas de castigar que serían —por lo menos tendencialmente— equivalentes o asimilables (27).

Incluso quienes desde la doctrina penalista defienden la tradicional e incondicionada preferencia penal (basada en la mayor gravedad de la pena, a su vez basada en «el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal») reconocen que en ocasiones la sanción administrativa es más grave que la condena penal y que la intervención mínima debería implicar la prioridad de la sanción administrativa (y no la actual mezcla de castigos) (28). No cabe sino estar de acuerdo con esta visión realista de las cosas. Lo que es más discutible es que ante la duda se reafirmen los mismos principios como si nada hubiese ocurrido. Por eso nos parece muy ajustada la crítica de Caamaño Domínguez a estos argumentos (29). A ella vamos a añadir dos ideas. Una, estrictamente empírica: si el infractor no tiene antecedentes penales, normalmente la pena de privación de libertad no llega a ser efectiva, con lo cual en estos casos la supuesta mayor gravedad de lo penal sobre lo sancionador podría no darse —y es posible que lo que realmente tema el infractor no sea a una inexistente privación de libertad sino por ejemplo a la revocación de la autorización administrativa en cuyo desarrollo se cometió el delito o infracción—. Y otra objeción de mayor calado: se argumenta que en realidad el legislador «parte de la mayor gravedad de la infracción penal y de la subsidiariedad de la actuación administrativa», y tales reglas responden a este modelo de relaciones que suele ser correcto, y en la medida en que se ajuste a una regla general, la legislación «resulta adecuada» (30). Este argumento nos parece circular (parece poner a la «regla general» por encima de la legislación) y además no da respuesta útil a la pregunta de qué ocurre cuando la regla no se aplica, bien por existir dos castigos casi equivalentes o bien por no arbitrar el legislador ninguna salida concreta en los casos, como en las SSTC 177/1999, *Lloreda Piña*; 152/2001, *León Socas*, y 2/2003, *Yáñez Hermida* (*ne bis in idem*), en que se producen dos condenas y no se puede revisar la que supuestamente debe ceder, o sea, la sanción administrativa.

15. La prevalencia de la vía penal (IV): ¿y si no se puede hacer efectiva la prevalencia penal? Repetimos que sí, contrariamente a cuanto afirma el TC, no cabe deducir de la CE una opción clara a favor de la prevalencia penal, el

(27) Es la opinión de CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *La garantía...*, pág. 171.

(28) PÉREZ MANZANO: *La prohibición...*, pág. 63.

(29) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *La garantía...*, págs. 171-172.

(30) Los entrecomillados pertenecen a PÉREZ MANZANO: *La prohibición...*, pág. 64.

legislador puede establecer mecanismos procesales de prevalencia de uno y otro pronunciamiento. Dado este paso, la cuestión es qué ocurre cuando no existen tales mecanismos.

A esta misma pregunta se llega desde el planteamiento contrario. Si se parte, como hace el TC, de que de la CE sí se deriva la preferencia de lo penal, ¿qué debe hacer el juez penal cuando se encuentra con que el legislador, el mismo que supuestamente parte de la base de la preferencia penal, no le da instrumentos procesales para hacer efectiva dicha prevalencia? Nos situamos pues en el mismo punto que aludíamos en el epígrafe núm. 6.

Ante la disyuntiva, el juez podía absolver (como se deriva de la STC 177/1999, *Lloreda Piña*) o condenar, y en este caso parece que para no incurrir en *bis in idem* también reducir la pena por descuento o compensación. Además del Magistrado García Manzano (31), apenas hay opiniones favorables a la necesidad de la absolución, o sea, a afirmar que la condena es en ese caso inconstitucional. Por ejemplo Caamaño Domínguez sostiene que «el único criterio de resolución que aporta el *ne bis in idem* procesal, en tanto que expresión de la cosa juzgada como garantía frente al *ius puniendi* del Estado, es el cronológico [...] La primera resolución firme (absolutoria o de condena) por la que se sancione, penal o administrativamente, a una persona por la comisión de determinados hechos impide un ulterior procedimiento orientado a castigarlo en un nuevo ejercicio del *ius puniendi* del Estado» (32).

Bien está que se afirme que de la CE deriva la prevalencia absoluta de lo penal, y bien está que se diga que el legislador ha establecido mecanismos que lo reflejan (los arts. 7.1 del REPS y 65.1 de la LTSV). Según ello, deberían además existir procedimientos para asegurar en todo caso la prevalencia de lo penal sobre lo administrativo, revocando la sanción que la Administración impuso indebidamente porque el castigo correspondía sólo a los jueces penales —que fue justamente lo que ocurrió en las SSTC 177/1999, *Lloreda Piña*; 152/2001, *León Socas*, y 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*—. Pero ¿qué ocurre cuando estos procedimientos no existen —como sucedió en estas tres sentencias? (33)—. ¿Debe en este caso el ciudadano, víctima de dos castigos

(31) Ponente de la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, y discrepante de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*.

(32) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *La garantía...*, págs. 172-173.

(33) REQUEJO RODRÍGUEZ («*Ne bis in idem...*», págs. 68-69) da un repaso a los posibles cauces procesales que los autores han propuesto para anular la sanción firme (revisión de oficio, recurso extraordinario de revisión, anulación por el órgano jurisdiccional penal en virtud del art. 3 de la LECr), concluyendo, acertadamente, que ninguno es efectivo para la finalidad que se pretende. Cano Campos aboga por la aplicación, dentro de ciertos límites, por la aplicación de la prejudicialidad devolutiva del art. 4 de la LECr («*Non bis in idem...*», pág. 235).

que nunca debieron haber llegado a imponerse, pagar las consecuencias de ello? Creemos que no. El TC no debería suplir esta laguna legal haciendo que el ciudadano padezca dos castigos, el penal [que es el prevalente y que por ello no se puede anular, según la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*] y el administrativo (que debe ceder ante el penal pero que en el momento de dictarse sentencia penal, o sentencia de amparo, ya no se puede anular). Hay una especie de *reformatio in peius*, en el sentido de que se hacen recaer sobre el ciudadano la imprevisión normativa y el error de la Administración (34). De nuevo citamos a Caamaño Domínguez: «Si el legislador no actúa asegurando mediante la ley que en ningún caso el ciudadano será objeto de una doble sanción, su pasividad conduce a la aplicación directa de la garantía constitucional [del *ne bis in idem*] y por tanto a la rigurosa aplicación del criterio cronológico de la primera resolución firme y definitiva» (35). Esta opinión, que derivaba de la ahora rectificada STC 177/1999, *Lloreda Piña*, nos parece preferible, aun con sus inconvenientes, a la de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*.

16. *El criterio material: a juicio del TC no hay doble castigo.* Además de afirmar que de la CE se deduce la prevalencia de lo penal sobre lo administrativo y de restringir el ámbito de aplicación de la prohibición de *bis in idem*, el TC emplea un argumento determinante para justificar el mantenimiento de los dos castigos. Afirma que no ha habido vulneración del derecho a no ser castigado dos veces (art. 25.1 de la CE) porque en realidad no ha habido doble castigo, habida cuenta del descuento o compensación de la pena llevada a cabo por el juez penal. De modo que para el TC no existe reiteración del castigo (no hay *bis*), partiendo de que la mera imposición de una sanción y de una condena penal no es *bis* si el contenido es el mismo.

(34) Ciudadano que, recordemos, no tuvo culpa de que la Administración no paralizase el expediente sancionador. Ya explicamos antes que el Ministerio Fiscal, en sus alegaciones en la STC 152/2001, *León Socas*, no pensaba lo mismo: si el ciudadano, pudiendo hacerlo, no impugna la resolución sancionadora, es que está consintiendo una vulneración constitucional... que aún no se ha producido —porque aun no hay sentencia penal condenatoria. Discrepamos de manera radical de esta postura. Primero, porque el ciudadano no consiente ninguna reiteración punitiva (en ese momento sólo ha recaído uno de los dos castigos posibles). Y segundo porque la interposición del recurso frente a la sanción es un derecho que puede ejercitarse o no, sin que el no hacerlo pueda de ninguna manera perjudicar al ciudadano. ¿Le es exigible otro comportamiento al ciudadano? ¿Le es exigible que colabore con la Administración en el correcto ejercicio en su contra de la potestad sancionadora? Evidentemente no. En seguida volveremos sobre este argumento, aludiendo a una idea que parecen sugerir Pérez Manzano y Requejo Rodríguez (según estas autoras no recurrir la sanción administrativa para impedir la posterior condena penal equivale a un fraude o a una corruptela).

(35) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *La garantía...*, págs. 173-174.

Así, el núcleo de la garantía material derivada del principio reside en impedir el exceso punitivo que entraña el doble castigo. Por ello, de acuerdo con la nueva doctrina de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, los órganos judiciales penales, concedores de la imposición de la sanción en vía administrativa, pueden válidamente descontar esta respecto del contenido de la condena penal. De esta manera se evita, materialmente, el exceso punitivo proscrito por el principio *ne bis in idem* y se ordena la eliminación de cuantos efectos negativos entrañe la resolución administrativa sancionadora más allá del contenido de la condena penal. Sólo la adición efectiva, la superposición de un nuevo castigo con contenido aflictivo material produce el exceso punitivo proscrito por la CE y, en contra de la anterior doctrina constitucional recogida en la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, el mero hecho de imponerse una sanción administrativa y una condena penal por los mismos hechos no vulnera el principio constitucional de *ne bis in idem* (lo que contraviene el art. 25 de la CE es sólo la efectiva duplicidad sancionadora, que no se apreció en la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*).

La opción del TC es ingeniosa: permite mantener la tradicional prevalencia de lo penal sobre lo sancionador, y además colma una importante laguna. En efecto, tal y como pocos autores habían venido poniendo de manifiesto, «al *ne bis in idem* se atribuye un fundamento de naturaleza sustancial y una (implícita) naturaleza constitucional, pero está regulado por el legislador sólo en sus aspectos procesales, y además en términos que distan mucho de ser satisfactorios e inequívocos» (36). De manera que, probablemente consciente tanto de la falta de criterios sustantivos o materiales respecto del *ne bis in idem* como de las dificultades de la aplicación de la regulación procedimental, parece que el TC ha pretendido solucionar ambas cosas de una vez, estableciendo doctrina al respecto.

Ya dijimos al inicio de este trabajo que la intención del TC era de lo más loable. Pero este nuevo criterio material nos parece que presenta más de un inconveniente. ¿Qué ocurre cuando los contenidos de la sanción y de la condena no son equivalentes, absorbibles o compensables? Por ejemplo: de un lado, una sanción que implique la revocación de la licencia, o la prohibición para contratar con la Administración, o la pérdida de una subvención (37), y

(36) LUIGI FOFFANI y MARÍA JOSÉ PIFARRÉ: «La legislazione penale speciale in Spagna», en VV.AA.: *La riforma della legislazione penale complementare* (a cura di Massimo Donini), Cedam, Padova, 2000, págs. 220-221.

(37) En materia de contratos públicos véanse las prohibiciones de contratar del art. 20 de la LCAP, entre las que está el haber sido sancionado en materias de disciplina de mercado, social o profesional [apartado h)]. En parecidos términos se expresa el art. 13.2.h) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

de otro una condena de privación de libertad. No se puede en estos casos descontar o compensar, de modo que se impondrán los dos castigos, con vulneración entonces a nuestro juicio del art. 25.1 de la CE. Además, la condena penal, aun siendo compensada o absorbida, tiene en todo caso consecuencias negativas para el ciudadano (implica antecedentes penales, además de lo que se conoce como «pena de banquillo»). Al margen de sus inconvenientes teóricos (Marina Jalvo habla de «distorsión en el sistema de penas fijado por el Código Penal») (38) y de la merma de garantías, hay que reconocer que la técnica penal de compensar la sanción administrativa firme y ejecutada en el contenido de la condena se muestra eficaz y adecuada como medida para evitar la efectiva reiteración sancionadora proscrita por el principio de *ne bis in idem* pero resulta insuficiente e inadecuada en los supuestos —no demasiado infrecuentes— en los que las consecuencias punitivas no sean de la misma naturaleza en los órdenes sancionadores administrativo y penal y sea imposible la absorción de una por la otra. Como afirma Requejo Rodríguez (39), la compensación es una «ficción» que sólo es útil en ciertos casos y que es criticable desde el planteamiento de las garantías frente a la doble sanción.

17. *¿Una Constitución con menos garantías? Reflexiones críticas sobre los vaivenes del TC en relación con el ne bis in idem.* De todo lo dicho pueden extraerse algunas conclusiones. Creemos haber puesto de manifiesto los inconvenientes y las ventajas de la nueva doctrina. Es indudable que entre estas puede incluirse que no se producen lagunas punitivas: con la tesis de 1999 el juez penal no podía condenar si ya había recaído sanción administrativa, mientras que con la tesis de 2003 todo delito tiene su castigo (40). Sin embargo los inconvenientes del cambio jurisprudencial nos parecen mayores que sus ventajas. a) No se dice lo que ocurre en caso de concurrencia de normas sanciona-

(38) MARINA JALVO: «La problemática...», pág. 186.

(39) REQUEJO RODRÍGUEZ: «*Ne bis in idem*...», pág. 68. En sentido similar escribe Caamaño Domínguez que «la tesis de la compensación no puede negar la inequívoca realidad de la existencia de dos sanciones (la administrativa y la penal) y de dos procesos (el administrativo y el penal) seguidos por la comisión de unos mismos hechos»: «Crónica...», pág. 258.

(40) No nos parece que la evitación de las corruptelas (Requejo Rodríguez) o de prácticas fraudulentas (Pérez Manzano) —aun admitiendo lo inadmisibile, esto es, afirmar que el no impugnar una sanción sea calificable de esta manera— resulten en sí mismos objetivos positivos, si los inconvenientes son mayores. Hay también otro aspecto positivo, pero de menor alcance: si el TC quiere revisar su doctrina anterior, es bueno que lo diga expresamente, en lugar de, conforme ocurre en materias como dilaciones indebidas o error patente, seguir al mismo tiempo líneas jurisprudenciales no coincidentes.

doras administrativas (41); *b*) Se acude a un criterio material de compensación o descuento que no está como tal en el CP (con posible vulneración del principio de legalidad penal) (42); *c*) Se termina primando al ciudadano que recurre la sanción frente a quien se aquieta a ella; *d*) El criterio combinado de la complejidad del procedimiento y de la gravedad de la sanción es extremadamente etéreo; *e*) El abandono de la vertiente procesal permite el doble enjuiciamiento —que algunos autores consideran prohibido por la regla del *ne bis in idem* (43)— y hasta el doble castigo, siempre que en la condena penal se pueda absorber o descontar la sanción administrativa; *f*) Se interpreta la CE —el principio *ne bis in idem* que el TC adivinó en el art. 25.1 de la CE— en función de la legalidad ordinaria, más exactamente, en función de un inexistente remedio procesal en la legalidad ordinaria, etc. (44). Repárese en que la construcción del TC se basa, entre otros conceptos, en algunos bastante difusos —y en todo caso susceptibles de interpretaciones divergentes— como el fundamento o bien jurídico de los dos castigos, la complejidad o no del procedimiento sancionador, la compensación o absorción de la condena y la sanción. Además, según señala incluso algún autor abiertamente partidario del nuevo criterio, la doctrina de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, no se va a aplicar en los casos en que la cuantía económica de la condena sea inferior a la de la sanción administrativa y en que ambas tengan un contenido no idéntico sino

(41) Ya dijimos más atrás que no nos hemos propuesto estudiar esta complicada cuestión. Sobre aspectos concretos de la doble sanción administrativa pueden verse TOMÁS CANO CAMPOS: «La suspensión de las autorizaciones administrativas para conducir en las infracciones sancionadas por autoridades distintas de las del Estado», en prensa, así como MIGUEL CASINO RUBIO: «La sanción de cierre del estadio por incidentes de público y la prohibición de incurrir en *bis in idem*», *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 10 (2003), págs. 85 y sigs.

(42) El Código Penal Militar sí prevé expresamente en su art. 27 el cómputo, para el cumplimiento de la condena, del período de tiempo de detención y arresto disciplinario.

(43) Para ALEJANDRO NIETO un mismo hecho no puede ser enjuiciado dos veces, y desde su punto de vista tal es el contenido de la prohibición de *bis in idem*: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 2002, pág. 431: «La regla [de *non bis in idem*] correctamente entendida dice así: *por un mismo hecho nadie puede ser "enjuiciado" dos veces*, con independencia del sentido que haya podido tener el primer enjuiciamiento» (cursiva en el original).

(44) Entre estos etcétera está la escasísima aplicación del mecanismo de comunicación al Fiscal y de paralización del procedimiento sancionador, previsto en el art. 7 del REPS. Conforme al art. 1 del REPS, se trata de una norma de cuyo ámbito de aplicación resulta que se aplica con carácter subsidiario de cualquier otra, estatal o autonómica, general o especial. Adviértase que la inexistencia de regla similar en la legislación de procedimiento común (el título 9 de la LRJAPyPAC, arts. 127 a 128) y la aplicación meramente subsidiaria del art. 7 del REPS implican que haya que buscar en la legislación sectorial estatal o autonómica (tráfico, sanciones funcionariales, medio ambiente, etc.) un precepto similar, cosa que puede no ser fácil. Además, deja la vertiente procedimental al albur del legislador, y ello nos parece en extremo arriesgado.

sólo similar y por tanto no puedan ser compensables o absorbibles (45). Ello nos mueve a preguntarnos si todo el arsenal doctrinal que construye el TC es realmente operativo y si, como ya se ha dicho (46), para ese viaje hacían falta alforjas.

Lo más criticable es a nuestro juicio que el TC haya refrendado la constitucionalidad del doble castigo, apartándose de una línea jurisprudencial, la de 1999, mucho más garantista. Quiérase o no, hubo dos procesos por el mismo hecho y hubo dos castigos por el mismo hecho, y según el TC ello no es inconstitucional. Importa llamar la atención sobre esto: al constitucionalizar en 1981 el principio *ne bis in idem* el TC dijo que el art. 25.1 de la CE decía algo que, a todas luces, no decía. Démoslo por bueno. Si ello es así, y así ha venido siendo desde 1981, no nos explicamos por qué ahora se da marcha atrás y se afirma que en ciertos casos sí es válido el doble castigo. O por lo menos las razones de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, no nos parecen convincentes. Porque no es coherente afirmar la prohibición del doble castigo y al mismo tiempo permitirlo en ciertos casos —provocados no por el ciudadano sino por la torpeza de la Administración y por la desidia del legislador estatal. ¿Era realmente necesario constitucionalizar la prevalencia de la jurisdicción penal (cosa que tampoco dice la Constitución) para llegar al resultado de que al ciudadano se le enjuicia dos veces y se le imponen dos castigos? (47).

Partiendo de que tampoco se halla exenta de crítica, y de que su radicalidad puede disgustar al algunos, la solución de la STC 177/1999, *Lloreda Piña*, nos parece preferible: es mucho más coherente con la lógica del principio constitucional *ne bis in idem*, que indica, sencillamente, que no caben dos castigos por la misma conducta (48). Y no hace padecer al ciudadano la irregularidad normativa consistente en la inexistencia de remedio en los casos en los que la Ad-

(45) En estos supuestos PÉREZ MANZANO: «Reflexiones...», pág. 5, concluye que la resolución penal condenatoria infringirá el art. 25 de la CE.

(46) PÉREZ MANZANO: «Reflexiones...», pág. 6. La autora afirma que la construcción del TC tiene varias explicaciones, que considera plausibles, y que ello justifica la a nuestro juicio criticable doctrina del TC sobre la distinción entre procedimientos sancionadores y procesos penales basada en la complejidad o sencillez.

(47) PÉREZ MANZANO («Reflexiones...», pág. 8) dice que el resultado de la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, puede ser un «regalo funesto» para el ciudadano, pues con el pretexto —a nuestro juicio equivocado, ya lo hemos dicho— de darle más garantías en la jurisdicción penal, se le mantiene el castigo más riguroso, o sea, la condena penal.

(48) En el mismo sentido escribe REQUEJO RODRÍGUEZ que «La única solución respetuosa con la prohibición constitucional de duplicidad de sanciones sería la que en su momento adoptó la STC 177/1999, esto es, estimar el amparo y anular la sanción penal» («*Ne bis in idem*...», pág. 68).

ministración incumple su obligación de paralizar el expediente sancionador. Este extremo nos parece muy relevante: como ha señalado Caamaño Domínguez (49) y como reitera Requejo Rodríguez (50), ante una laguna normativa, incluso grave como en este caso, el juez penal no puede válidamente hacer de legislador, y seguramente tampoco puede el TC hacer válidamente de legislador (ni, según Caamaño Domínguez, de constituyente). Y menos aun en perjuicio del ciudadano. Para impedir una conducta que se presume «fraudulenta» o las «corruptelas» de algunos ciudadanos (51) —conducta que «neutraliza» la voluntad del legislador de castigar penalmente determinados comportamientos (52)— la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*, establece para todos los ciudadanos el deber de soportar dos enjuiciamientos y dos castigos, «neutralizando» la —supuesta— voluntad del constituyente de prohibir la duplicidad punitiva.

El mantenimiento de la doctrina de 1999 hubiese tal vez obligado al legislador a reaccionar, por cualquiera de estas dos vías: o estableciendo el remedio procesal inmediato y adecuado para anular la sanción administrativa firme —del que aun carecemos—, o acaso estableciendo una previsión legal expresa de cuándo se puede excepcionar la regla del *ne bis in idem* (53). En cambio, la doctrina de 2003, volviendo al dogma de la prevalencia absoluta e incondicionada de lo penal, hace que el ciudadano sufra las consecuencias de este defecto ordinamental. Tal cosa nos parece un error del TC.

18. Final: Inflación normativa y exceso de castigo. No queremos terminar sin hacer una reflexión más general sobre la situación actual del ordenamiento jurídico español. Las tres sentencias aquí comentadas arrancan de una

(49) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: «Crónica...», pág. 262.

(50) REQUEJO RODRÍGUEZ: «*Ne bis in idem*...», págs. 69-70.

(51) Las expresiones son, respectivamente, de PÉREZ MANZANO: «Reflexiones...», pág. 8, y de REQUEJO RODRÍGUEZ: «*Ne bis in idem*...», pág. 68.

(52) Tomamos la cita, de nuevo, de PÉREZ MANZANO: «Reflexiones...», pág. 8

(53) De este modo quedaría perfectamente claro, como señala JAVIER BARCELONA LLOP, que «las excepciones al *non bis in idem* no pueden considerarse implícitas sino que han de estar expresamente previstas en la norma», «Las infracciones y sanciones administrativas en la LOPSC 1/1992. Algunos aspectos problemáticos», en J. FERNÁNDEZ, J. BARCELONA y G. PORTILLA: *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión sobre la Ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993, pág. 129. Esta solución nos parece del todo asumible: si el legislador (penal y administrativo) ha tipificado la misma conducta en dos normas, pero sólo puede constitucionalmente imponerse uno de los dos castigos, debe(ría) estar obligado a decir expresamente si cabe o no el doble castigo y si no, cuál se aplica. El mismo principio de legalidad penal que al parecer es el fundamento constitucional del principio *ne bis in idem* debería también ser el fundamento de la ineludible obligación para el legislador de establecer excepciones al mismo y reglas para su aplicación.

imprevisión normativa, consistente en la inexistencia de un remedio aplicable a los casos en que la Administración no detiene el expediente sancionador e impone una sanción, recayendo posteriormente condena penal por los mismos hechos. Además de esta notable imperfección ordinal, en el principio *ne bis in idem* concurren otros factores que condicionan muchísimo la solución que los órganos jurisdiccionales y el TC están dando a los casos de doble castigo. En los últimos años proliferan las leyes sancionadoras (54), en ocasiones mal redactadas, sin tabla derogatoria, etc. Asimismo el vigente CP ha criminalizado un sin fin de comportamientos que antes no eran delito o falta. Nos referimos a los delitos ambientales, urbanísticos, farmacéuticos, sanitarios, publicitarios, contra la Seguridad Social, contra la seguridad e higiene en el trabajo, en materia de consumo o de circulación vial, etc. (55). De modo que el *ius puniendi* estatal, uno, duplo o trino, no para de crecer (56). Y no paran de crecer también las fuentes del *ius puniendi*, sea penal o administrativo (57). Esto lo

(54) Y los reglamentos sancionadores, allá donde es posible la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones.

(55) En algunos casos las tipificaciones administrativa y penal son prácticamente iguales: compárense los arts. 316 del CP y 48.8 de la LPRL, ambos referidos a infracciones o delitos en materia de prevención de riesgos laborales.

(56) De sobra conocidos son los análisis de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, o de ALEJANDRO NIETO: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 3.^a ed., 2002, particularmente págs. 25 y sigs. Una perspectiva desde la técnica legislativa penal puede ver JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS: «Un modelo dinámico de legislación penal», en VV.AA.: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 291 y sigs., y *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003. También JUAN CARLOS CARBONELL MATEU: «Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad», VV.AA.: *Homenaje al Dr. D. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, vol. I, págs. 129 y sigs.

(57) Por vez primera la UE parece que va adoptar una directiva de contenido claramente penal en materias del llamado —por ahora— primer pilar o pilar comunitario, que obliga a los Estados a tipificar penalmente ciertos comportamientos. Véase la propuesta de Directiva sobre la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones, incluso de carácter penal, para los delitos de contaminación (COM 2003 92 final), fruto no sólo de la respuesta, más menos oportunista, al accidente de un barco en las costas gallegas sino también de la incipiente política penal comunitaria (propuesta de Directiva relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho penal, Comisión COM 2001 139 final, y Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003 relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho penal, DOCE L 29, de 05-II-2003). Importa señalar que la Directiva actualmente en tramitación prevé como en otras ocasiones, la imposición de condenas penales a personas jurídicas y que previsiblemente España, como es habitual, incumplirá este mandato en aras del principio *societas delinquere non potest*. También la UE parece estar preocupada por el *ne bis in idem*, y en octubre de 2003 los Ministros

han señalado ya los teóricos del Derecho penal, poniendo de relieve que el llamado principio de mínima intervención o *ultima ratio* es hoy más un dogma que una realidad. Por eso no vamos a hacer más hincapié en ello, salvo destacar a uno de los clásicos, Rodríguez Devesa, quien ya en 1979 alertaba contra el exceso tipificador que por entonces detectaba (58).

Sí nos interesa destacar ahora una circunstancia relacionada con esta alarmante inflación normativa (59). Cada vez con mayor frecuencia los legisladores autonómicos y el estatal dictan leyes que en realidad no son leyes en sentido sustantivo o material (sí es que se puede hablar, con permiso de Laband, de leyes en sentido sustantivo o material). Dejando de lado las disparatadas leyes de presupuestos sin real contenido presupuestario y la trampa de las leyes de acompañamiento se trata de leyes medida, leyes acto administrativo, leyes de retoque de otras leyes, leyes de reiteración de normas estatales o europeas, leyes de declaración de principios, etc. No hace falta indagar mucho para darse cuenta de lo que estamos diciendo: basta acudir a los boletines autonómicos - también a veces al estatal (60). En opinión de Viver Pi-Sunyer, «[Las leyes au-

de Justicia estudiaban la posibilidad de establecer, mediante la vía intermedia de la Decisión marco, un instrumento jurídico que evitase el doble juicio (no estaba muy claro si lo que se quería evitar era el doble juicio o por el contrario el doble castigo). Ya en clave jurisprudencial MARINA JALVO («La problemática...», pág. 183 en nota) cita la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003 que aplica el art. 54 de la Convención de Aplicación del Convenio de Schengen, que se refiere al *ne bis in idem*. La sentencia contiene interesantes argumentos acerca de este particular.

(58) «Hay que reducir el número de infracciones criminales»: JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA: «Prólogo» a *Derecho penal español. Parte general*, ed. del autor, Madrid, 7.ª ed., 1979, pág. XI.

(59) Sobre la proliferación de leyes (también de reglamentos) y su relación con la seguridad jurídica pueden verse, entre otros, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999; FEDERICO A. CASTILLO BLANCO: «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264 (2002), págs. 21 y sigs.; LANDELINO LAVILLA ALSINA: *Seguridad jurídica y función del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999; JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ: *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, CEC, 1997. Una perspectiva más crítica en ANDRÉS BOIX PALOP: «La McDonalización del ordenamiento jurídico», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 0 (2001), págs. 61 y sigs. En la bibliografía extranjera puede verse MICHELE AINIS: *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari, 1997, y *Se 50.000 vi sembrano poche*, Giuffrè, Milano, 1999. Como muestra de esta inflación normativa, baste el dato de que en el año 2003 las Cortes Generales han aprobado nada menos que 62 leyes. Descuéntese los períodos de vacaciones (pongamos dos meses) y da más o menos a una ley por cada semana y cuarto. Naturalmente, el Gobierno de turno lo vende como algo por supuesto positivo en sí mismo y que pone de manifiesto que los parlamentarios trabajan por el bien de la nación.

(60) Por no tomar como referencia más que leyes del año 2003, pueden verse la Ley castellano-manchega 4/2003, de 27 de febrero, de ordenación de los servicios jurídicos de la Adminis-

tonómicas] en su inmensa mayoría son leyes de contenido presupuestario, subvencional, organizativo y procedimental; sólo una minoría tiene un contenido sustantivo, y un número elevado de sus artículos son mera reiteración de preceptos contenidos en las leyes estatales “de cabecera” (61). Por si no fuera lo bastante preocupante esta proliferación de lo que ya se empieza a calificar de leyes-basura, gran parte de estas leyes tiene, además, contenido sancionador, acaso por la pintoresca y tradicional creencia hispánica de que la contaminación acústica o atmosférica, el tráfico de vehículos, el urbanismo, el fraude fiscal, la siniestralidad laboral, etc. se arreglan automáticamente con la aprobación de medidas represivas —sancionadoras o penales. Esta creencia en la capacidad salvífica de la ley implica que una vez que se aprueba la ley o el reglamento, oh maravilla del ordenamiento jurídico democrático, se ha solucionado el problema, y autoridades y ciudadanos pueden dormir tranquilos (62). El resultado es una maraña de leyes —y de sus correspondientes reglamentos de desarrollo— en las que funcionarios, ciudadanos y jueces no suelen ser capaces de manejarse aunque su pericia jurídica sea hercúlea, en el sentido dworkiniano de la palabra, o aunque dispongan de las más modernas bases de datos informáticas.

En este ordenamiento tan malo y oscuro, y tan potencialmente nocivo para el ciudadano (pues difícilmente sabe a qué atenerse) (63), se ha visto enredado el TC en la STC 2/2003, *Yáñez Hermida (ne bis in idem)*. Confirmando, a nuestro juicio, la patología que detecta Boix Palop («El Derecho y la Justicia se ven sepultados bajo una impresionante montaña de legislación») (64), el TC ha

tración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Ley valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, las Leyes catalanas 21/2003, de 4 de julio, de fomento de la paz; 5/2003, de 22 de abril, de medidas de prevención de los incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana, y 16/2003, de 13 de junio, de financiación de las infraestructuras de tratamiento de residuos y del canon sobre la disposición de residuos; la Ley navarra 21/2003, de 25 de marzo, de modificación de la Ley navarra 26/2002, de 2 de diciembre, de medidas para la mejora de las enseñanzas no universitarias; la Ley andaluza 16/2003, de 22 de diciembre, del sistema andaluz de bibliotecas y centros de documentación; la Ley gallega 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia.

(61) CARLES VIVER PI-SUNYER: «Finalmente, una amplia autonomía de baja calidad», *El País*, 6 de septiembre de 2003, págs. 11-12.

(62) Sobre la llamada nomofilia —afición, simpatía o consideración por la ley— puede verse VIRGILIO ZAPATERO: «El club de los nomófilos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3 (1998), págs. 61 y sigs.

(63) Entre los «sarcasmos y paradojas» del ámbito sancionador, ALEJANDRO NIETO escribe que «el legislador ha colocado literalmente a todos los ciudadanos fuera de la ley» (*Derecho administrativo sancionador*, pág. 26).

(64) BOIX PALOP: «La McDonalización...», cit., pág. 68.

dado por bueno el doble castigo (acudiendo a la ficción de que en realidad no hay tal doble castigo) causado por una grave imperfección ordinal, limitando la garantía constitucional de la prohibición de la duplicidad de las sanciones o condenas. Ha pretendido poner remedio a algo que, a nuestro juicio, sólo el legislador tiene capacidad de remediar. Y ello acudiendo a argumentos forzados y muy discutibles. Veremos si esta nueva doctrina constitucional tiene continuidad.

BIBLIOGRAFÍA EXPRESAMENTE REFERIDA A LAS SSTC 177/1999,
LLOREDA PIÑA O 2/2003 Y ÁÑEZ HERMIDA (*NE BIS IN IDEM*)

- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, en Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ y Ángel GÓMEZ MONTORO: «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante los años 1999 y 2000», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 12-13 (2000-2001), págs. 243 y sigs.
- CANO CAMPOS, Tomás: «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 157 (2001), págs. 191 y sigs.
- CASINO RUBIO, Miguel: «La sanción de cierre del estadio por incidentes de público y la prohibición de incurrir en *bis in idem*», *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 10 (2003), págs. 85 y sigs.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y GALLEGU SOLER, José Ignacio: «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal (comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Actualidad Penal*, núm. 8 (2000), págs. 20 y sigs.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: «Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem*)», *Actualidad Penal*, núm. 22 (2000), págs. 473 y sigs.
- GÓRRIZ ROYO, Elena María: «El principio *ne bis in idem* y la regla de la preferencia del orden jurisdiccional penal a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3, núm. 1 y 2 (2000).
- JAÉN VALLEJO, Manuel: «Principio constitucional *ne bis in idem*. A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 584 (2003), pág. 1 y sigs.
- MARINA JALVO, Belén: «*Non bis in idem* y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 108 (2000), págs. 607 y sigs.
- MARINA JALVO, Belén: «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in

- idem (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero), *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (2003), págs. 175 y sigs.
- MUÑOZ LORENTE, José: *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*, Ecoiuris, Madrid, 2001.
- «Vulneración del principio *non bis in idem* en el ámbito medioambiental: imposición de sanción penal existiendo ya una previa sanción administrativa por los mismos hechos y con idéntico fundamento», *Gestión Ambiental*, núm. 12 (1999), págs. 37 y sigs.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Principio "*non bis in idem*": ¿Una nueva doctrina constitucional?», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.1 (2000), págs. 35 y sigs.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando: «El principio *ne bis in idem* a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: exposición y crítica», en VV.AA.: *Homenaje al Dr. D. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, vol. I, págs. 1217 y sigs.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003 de 16 de enero», *La Ley*, núm. 5802, 13 de junio de 2003.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «"*Ne bis in idem*": ¿Un nuevo enfoque sustantivo? (A propósito de la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16 (1999), págs. 9 y sigs.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma: «"*Ne bis in idem*": ¿Garantía del ciudadano o norma de competencia?», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 6 (2003), págs. 51 y sigs.
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena: «El principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional», *La Ley*, núm. 5070 (7 de junio de 2000), págs. 1547 y sigs.

CRÍTICA DE LIBROS

