

3. ESPACIO ABIERTO

NE BIS IN IDEM, UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL (I). APROXIMACIÓN

Por D. ANTONIO JIMÉNEZ MOSTAZO Y D. PEDRO ALVARADO RODRÍGUEZ

Resumen

En este primer estudio, de una serie de tres, se trata de ofrecer una visión global del principio *ne bis in idem*, acercándonos a su naturaleza jurídica desde la perspectiva de su configuración histórica, nacional e internacional; con ello, se trata de facilitar la comprensión del principio, sobre todo, a través de su elaboración jurisprudencial.

Abstract

In this first article in a series of three, we try to offer a global vision of the *ne bis in idem* principle, tending to its legal nature from the perspective of its historical, national and international configuration. According to that premises, we attempt to make easy the comprehension of the principle, and above all, through its elaboration by the jurisprudence.

SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*. NATURALEZA JURÍDICA
- II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRECONSTITUCIONALES
- III. CONCEPTO
 - A) CONTENIDO
 - B) CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*
 - C) SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE AUTOPROTECCIÓN. REFERENCIA A LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS
- IV. RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
- V. INCIDENCIA DEL *NE BIS IN IDEM* EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL

I. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*. NATURALEZA JURÍDICA

Analizar el Principio *NE BIS IN IDEM* o *NON BIS IN IDEM* requiere un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la S.T.C. 2/1981, de 30 de enero hasta la S.T.C. 2/2003, de 16 de enero, para a continuación ponerlo en conexión con la Doctrina más autorizada, *como pueden ser* Cobo del Rosal y Vives Antón en su *Derecho Penal Parte General*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, y Luzón Cuesta en su *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 15.^a ed., Dykinson, S.L.

Aunando toda la formulación doctrinal y jurisprudencial, con algunas menciones legales que no en el Texto Constitucional, la necesidad de la formulación del *ne bis in idem* tiene su origen en el Estado Social y Democrático de Derecho donde ningún Poder Público es ilimitado, por tanto la Potestad Sancionadora del Estado en el Ordenamiento Jurídico Español en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano, ha de sujetarse a estrictos límites. La limitación de la potestad sancionadora del Estado es condición de legitimidad de su ejercicio en el Estado de Derecho, en el que la libertad es uno de sus valores superiores como recoge el art. 1.1 de la C.E. y la seguridad jurídica en el art. 9.3 C.E. uno de los principios configuradores del mismo. Así de un lado, las restricciones permanentes de la esfera de libertad individual inherentes a la situación de inseguridad jurídica derivada de la posibilidad de que el Estado pueda reiterar sus pretensiones punitivas por los mismos derechos sin límite alguno, carecen de todo fundamento legitimador en el Estado de Derecho. De otro, la seguridad jurídica, art. 9.3 C.E., impone límites a la reapertura de cualesquiera procedimientos sancionadores –administrativos o penales– por los mismos hechos, pues la posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador crea una situación de pendencia jurídica, que, en atención a su carácter indefinido, es contraria a la seguridad jurídica como bien determinó la S.T.C. 147/1986, de 25 de noviembre en su F.J. 3.º.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que del valor libertad del art. 1.1 C.E. y del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 C.E. derivan límites constitucionales para todo procedimiento sancionador que integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en el ámbito administrativo sancionador como determina el art. 24.2 C.E., no puede negarse que en ciertos casos la sustanciación 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 la

interdicción de ser sometido a un doble proceso: Garantía ésta, que pretende evitar la interdicción de ser sometido a doble proceso penal.

Sin embargo en la regulación actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de la prohibición constitucional, pues no se reconoció en el Texto Constitucional la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas, sino que la Jurisprudencia constitucional partiendo del art. 25.3 C.E., ha reconocido expresamente dicha potestad aunque sometida a ciertos límites: *Control a posteriori por órganos judiciales, vinculación a los hechos declarados probados en vía judicial, y preferencia del orden penal sobre el sancionador administrativo.*

No obstante para la mejor claridad y exposición de la cuestión de objeto del presente trabajo de investigación, queremos partir de un primer establecimiento con el fin de recoger la clave del significado, concepto y naturaleza del *ne bis in idem* «...La clave consiste en determinar si los Tribunales Penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debiendo 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 imponiendo al acusado las penas privativas de libertad y pecuniaria contenida en el fallo condenatorio...»¹.

Nos encontramos con un Principio integrante del Derecho Fundamental al Principio de Legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25.1 de la C.E., construido a través de la Doctrina Jurisprudencial emanada del Tribunal Constitucional, partiendo de la S.T.C. 2/1981, de 31 de enero que determinó que el mencionado Principio en la manifestación más común supone evitar la duplicidad de sanciones en el ámbito penal y sancionador administrativo cuando se aprecie que el sujeto, hecho y fundamento son sustancialmente iguales, sin que exista una supremacía especial de la Administración Pública como por ejemplo en los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que justificase el ejercicio del derecho coactivo tanto por los Tribunales de Justicia como por la Administración Pública².

Partir del examen supone recordar, S.T.C. 2/1981, de 31 de enero, que el Principio *ne bis in idem* integra el Derecho Fundamental al Principio de Legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25.1 de la Constitución Española a pesar de la inexistencia de mención en el referido precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones,

¹ F.J. 1.º S.T.C. 177/1999, de 11 de octubre.

² F.J. 4.º S.T.C. 2/1981, de 31 de enero «...El principio general de derecho conocido por *no bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionarios, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...».

vedándose con el mismo la imposición de una dualidad de sanciones «...en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento...»³.

Podemos convenir que el alcance conseguido por el Principio *ne bis in idem* al establecer la interdicción de incurrir en *bis in idem* en cuanto que comprende tanto la Prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, como de la Proscripción de ulterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho haya sido enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, determinando el doble contenido del Principio de Elaboración Jurisprudencial es decir una vertiente material y otra procesal, aspectos que serán convenientemente sustentados a lo largo de la presente exposición.

Es decir, el Principio *ne bis in idem* tiene un doble significado *de un lado* es un principio material según el cual nadie debe ser castigado doblemente por la misma infracción, y *de otra* es un principio procesal en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos⁴.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRECONSTITUCIONALES

El período histórico denominado «*Ilustración*» surgieron una serie de pensadores y teóricos que dentro del ámbito sancionador sobre la base del Principio de Proporcionalidad y Equidad, antes de pasar al Derecho de Policía, encontró su primer acomodo como determinó el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, o en el art. 16 de la Constitución Francesa de 1793 «...*La Ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias...*»⁵.

Beccaria lo expresó lucidamente cuando determinó que «...*es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, ¿los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve, las acciones ya consumada? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales...*», idea que subyace en todo el movimiento ilustrado ya sean Hobbes, Locke, Thomasius, o Montesquieu, Voltaire y Betham⁶.

Con la llegada de la Democracia al Estado Español y la aprobación de la Constitución de 1978 se han establecido una serie de garantías y derechos fun-

³ F.J. 4.º S.T.C. 2/1981, de 31 de enero, reiterado por las SS.T.C. 66/1986, de 26 de mayo, en su F.J. 2.º, 154/1990, de 15 de octubre, en su F.J. 3.º, 234/1991, de 16 de diciembre, en su F.J. 2.º, 270/1994, de 17 de octubre, en su F.J. 5.º, y 204/1996, de 16 de diciembre, en su F.J. 2.º.

⁴ Argulló Agüero, A., «*No bis in idem*, contrabando y tráfico de drogas», en *Problemática Jurídica, y Psicosocial de las Drogas*, Valencia, 1987, págs. 13 y ss.

⁵ Ferrajoli, L., *Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal*, Madrid, 2000, Ed. Trotta, págs. 394 y ss. «...Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, y Betham determinaron que la pena debe ser necesaria y la mínima de las posibles...».

⁶ Beccaria, *De los delitos y las penas*, traducción de De las Casas, J. A, Madrid, Ed. Alianza Editorial, 1990, págs. 45 y ss.

damentales que tratan de materializar y garantizar el correcto disfrute de las libertades derivadas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Tratados Internacionales celebrados al albur de la misma, no obstante algunos de ellos ya tenían antecedentes legales como el propio *ne bis in idem* que estaba expresamente recogido en el C.P. de 1928⁷, y prescindiendo del examen de su reiterado quebrantamiento en distintas disposiciones legales, llegamos a la modificación en 1977 con el R.D. Ley 6/1977, de 25 de enero de la Ley de Orden Público que disponía que no se impondrían conjuntamente sanciones gubernativas y penales por los mismos hechos, para a continuar seguir estableciendo una preferencia para el conocimiento a favor de la autoridad judicial y un posible conocimiento ulterior a favor de la autoridad gubernativa, cuando el procedimiento judicial concluya con archivo o sobreseimiento, por no justificarse que los hechos son constitutivos de delitos⁸.

La aplicación del Principio se topó tradicionalmente con la Tesis de la diferenciación cualitativa entre penas y sanciones administrativas, lo que permitía la compatibilidad o concurrencia de ambas sobre un mismo hecho⁹, no obstante el abandono de la misma, abrió el camino para un reconocimiento pleno de la prohibición de imponer dos o más sanciones con independencia de su tipología por la comisión de los mismos hechos¹⁰.

A pesar de algunos intentos legislativos de prohibir la doble imposición, es posible determinar de una manera clara y cierta que en Nuestra Historia Jurídica, especialmente en la Etapa de la Dictadura Franquista, el modo y sentido de la doble sanción eran claramente desproporcionados, y es frente a esa experiencia contra lo que se levanta la prohibición y por ello encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de los poderes públicos establecida en el art. 9.3 C.E.¹¹.

En la etapa preconstitucional cuando una persona cometía un hecho tipificado como infracción por el Código Penal, como por la Legislación Administrativa sancionadora, la respuesta a los interrogantes *¿Puede dicho sujeto ser castigado dos veces en vía penal y administrativa por la comisión de ese único hecho?*, *¿Qué relación existe entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal?*, es decir, si vinculaba la declaración efectuada por el Juez Penal a las Autoridades

⁷ Art. 853 del C.P. «...En ningún caso podrá castigarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa...».

⁸ Luzón Cuesta, J. M.^a, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 8.^a ed., Editorial Dykinson, 2004, págs. 50 y ss.

⁹ Martín-Retortillo Baquer, S., «Sanciones penales y sanciones gubernativas», en *Problemas de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, págs. 16 y ss.

¹⁰ García de Enterría, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, págs. 416 y ss.

¹¹ Arroyo Zapatero, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, págs. 19 y ss., y Del Rey Guanter, S., «Potestad...», *cit.*, págs. 123 y ss.

Administrativa, la respuesta a estos interrogantes pasaba por la plena compatibilidad entre pena y sanción en razón del principio de la independencia de la potestad sancionadora administrativa o tesis de la diferenciación cualitativa entre penas y sanciones administrativas, que permitía la compatibilidad o concurrencia de ambas sobre un mismo hecho, SS.T.S. de 21 de junio de 1966, 28 de noviembre de 1966, y 7 de abril de 1967¹², dándose por probado en vía administrativa lo que en la judicial penal no se estimase tal o se hubiera probado en sentido contrario, SS.T.S. de 24 de noviembre de 1960 y 20 de febrero de 1978, fenómeno bautizado por la doctrina como «Teoría de las dos verdades», *es decir* lo que era verdad para un Tribunal no tenía por qué serlo para la Administración y viceversa.

De este modo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmaba que no había que esperar a la sentencia penal para incoar el expediente administrativo, S.T.S. de 23 de diciembre de 1964, pues ambas jurisdicciones son independientes, así como las sanciones.

Dicha solución se encontraba en casi todas las normas que configuraban los poderes sancionadores administrativos del Franquismo como el art. 18 de la Ley de Orden Público, hasta que tres correctivos parciales vinieron a rectificar este principio, antes por supuesto del cambio sustancial operado por el Texto Constitucional, por una parte desde la doctrina de la cosa juzgada se negó por alguna jurisprudencia: a) que la Administración Pública pudiera contradecir el relato fáctico de una sentencia penal, S.T.S. de 11 de mayo de 1965, b) que sobre un mismo hecho cayeran dos sanciones administrativas fruto de dos procedimientos distintos, S.T.S. de 25 de enero de 1977, y por otra el art. 2 del Real Decreto Ley de 25 de enero de 1977 introdujo expresamente una de las vertientes del principio de *ne bis in idem* al prohibir la no imposición conjunta de sanciones penales y administrativas, permitiendo sin embargo iniciar el procedimiento sancionador cuando el proceso penal concluía sin consecuencias condenatorias.

Sobre esta situación vinieron a incidir de forma definitiva los arts. 24 y 25 de la C.E., a través de una temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declaró que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con matices al Derecho Administrativo Sancionador al ser ambas manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, S.T.C. de 8 de junio de 1981.

III. CONCEPTO

A) CONTENIDO

El Principio *ne bis in idem* es considerado un principio general del Derecho con un doble significado, *de una parte* su aplicación impide que una persona sea

¹² García de Enterría, E., y Ramón Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, Ed. Civitas, 1982, págs. 170 y ss.

sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la denominada vertiente material¹³.

Y por otra parte es un principio procesal en cuya virtud un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere «...no dos procesos con el mismo objeto...», así esta vertiente procesal impide no sólo la dualidad de procedimientos –administrativo y penal–¹⁴, sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada¹⁵.

Estas consideraciones si bien rigen para las sanciones administrativas de orden general a las que estamos sometidos todos los ciudadanos, se ven matizadas respecto de las llamadas sanciones de autoprotección o sujeción especial como serían las relaciones funcionariales, de servicio público o concesionario, S.T.C. de 30 de enero de 1981, pues aquí se considera que una misma conducta puede infringir a la vez el ordenamiento interno de la Administración¹⁶ y el ordenamiento general protegido tanto por el orden penal como por el resto de sanciones administrativas, permitiéndose como excepción, por afectar a normas diversas, la dualidad de castigos¹⁷.

B) CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Como afirmó el Tribunal Constitucional en la S.T.C. 2/1981, de 30 de enero la existencia y reconocimiento constitucional de este principio impone que no recaiga duplicidad de sanciones penales y administrativas en los casos que se aprecie la identidad de sujeto, hecho, y fundamento.

Aunque no se encuentra recogido de forma expresa en el Texto Constitucional es necesario retrotraernos al lo que entendieron los parlamentarios durante la tramitación del Proyecto de la Constitución de 1978 en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, aunque prescindieron de él en la redacción del art. 9¹⁸, éste está íntimamente relacionado y unido a los Principios de Legalidad y Tipicidad recogidos en el art. 25.1 C.E.¹⁹.

Las consecuencias jurídicas de la inclusión del Principio *ne bis in idem* dentro de los Principios de Legalidad y Tipicidad son *en primer lugar* su configuración

¹³ S.T.C. 2/1981, de 30 de enero, en el denominado Caso del Joyero de Madrid estableciendo la vertiente material del Principio *ne bis in idem*.

¹⁴ S.T.C. 77/1983, de 3 de octubre, en el denominado Caso de la Bomba en el Gobierno Civil de Cádiz.

¹⁵ S.T.C. 66/1986, de 23 de mayo.

¹⁶ S.T.C. 50/1983, de 14 de junio, que garantiza por ejemplo la potestad disciplinaria.

¹⁷ SS.T.S. de 7 de noviembre de 1984, 27 de diciembre de 1984, y 19 de abril de 1985.

¹⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados en su sesión de 16 de mayo de 1978 a cerca del debate sobre la constitucionalidad del *no bis in idem*, y la propuesta del diputado Pérez Llorca de traslado al art. 25.

¹⁹ F.J. 4.º S.T.C. 2/1981, de 30 de enero, y SS.T.C. 159/1985, de 27 de noviembre, y 66/1986, de 23 de mayo.

como un derecho público subjetivo y fundamental²⁰, implicando que su desconocimiento o trasgresión por parte de los Poderes Públicos es susceptible de Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional de acuerdo con los cánones previstos en el arts. 53.2 C.E., incardinación positiva del *ne bis in idem* en el presente artículo a los efectos del plus de garantías que otorga, no debemos olvidar las dificultades que oculta tal operación²¹, y *en segundo lugar* el principio al igual que el resto de los previstos en el art. 25.1 C.E. son de aplicación directa e inmediata, no precisando de desarrollo legislativo y su reconocimiento y respeto ha de vincular a todos los poderes públicos según el art. 53.1 C.E., considerándose derogados los preceptos que lo contraríen, tendencia legislativa que ha estado siendo recogida de forma progresiva por el Estado como por ejemplo el art. 94.3 de la Ley 28/1988, de 28 de julio, de Costas y art. 32.2 de la Ley 24/1988, de 29 de julio, de Carretera.

Íntimamente conectado con lo anterior teniendo presente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe afirmar que si un mismo hecho está tipificado como delito o falta penal y además como infracción administrativa de protección del orden general, no puede ser sancionado dos veces al ser aplicable el Principio, pues aunque no está explicitado en los arts. 1 al 30 C.E., sin embargo, es una concurrencia obligada de la aplicabilidad de los Principios de Legalidad y Tipicidad en la materia de infracciones administrativas en términos análogos a los exigidos en materia penal, tal como preceptúa el art. 25 C.E.²².

C) SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE AUTOPROTECCIÓN. REFERENCIA A LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Dentro de la Jurisprudencia Ordinaria y Constitucional existe una tendencia más o menos constante de excluir las Sanciones administrativas de autoprotección o autotutela de la aplicación del Principio *ne bis in idem*, sosteniendo la existencia de una diferenciación cualitativa y por sus fines entre estos castigos y el resto de sanciones administrativas y la potestad punitiva penal, al perseguir la Administración Pública con las sanciones administrativas de autotutela su propia protección como organización o institución, siendo una potestad doméstica con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento y no contra los ciudadanos en general²³, como consecuencia de la existencia de una relación especial que se genera en virtud de un acuerdo voluntario entre los particulares y la Administración Pública, de este modo jurídicamente se trata de sanciones establecidas para los casos de trasgresión de las obligaciones comprendidas en la reglamentación aplicable al caso y asumidas voluntariamente.

²⁰ S.T.S. de 23 de octubre de 1983.

²¹ S.T.S. de 28 de septiembre de 1983.

²² SS.T.S. de 8 de junio de 1982, 28 de junio de 1982, 18 de julio de 1984, 18 de abril de 1988, y 6 de junio de 1988.

²³ S.T.C. 66/1984, de 6 de junio, sobre las Viviendas de Protección Oficial.

La inaplicación del Principio *ne bis in idem* a ese tipo de sanciones domésticas fue apuntado por la S.T.C. 2/1981, de 30 de enero, que no hace sino continuar con una antigua corriente jurisprudencial, afirmándose que el *ne bis in idem* supone en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaigan duplicidad de sanciones administrativas y penales en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración, en relación con la Función Pública, Servicio Público, y Concesionarios, que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración²⁴, declaración que sirvió que para que la doctrina sostuviera desde el primer momento que la sensación que produce el estudio de sus sentencias es la de que está más cerca de entender que el *ne bis in idem* no es de aplicación a las sanciones disciplinarias, que de mantener la tesis contraria²⁵, cuestión reiterada por Peces Barbas durante la elaboración de la Constitución cuando afirmaba «...esta existencia del principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos no excluye, primero las sanciones disciplinarias a los funcionarios que no sean constitutivas al mismo tiempo de delito, segundo que si estas sanciones son al mismo tiempo constitutivas de delito, la condena en el caso que se produzca lleva aparejada el consiguiente reflejo en su condición de funcionario...»²⁶.

Estas afirmaciones han sido perfiladas por el Tribunal Supremo, SS.T.S. de 22 de febrero de 1985 y 24 de octubre de 1984, sosteniendo que «...en el derecho disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un Bien Jurídico determinado que con su actuación haya podido causar, aspecto este último que tradicionalmente queda reservado a la Jurisdicción Penal, de ahí que no repugne la coexistencia de ambos tipos de corrección...»²⁷, destacando que el Derecho penal y disciplinario como ha determinado la Jurisprudencia se desenvuelven en ámbitos distintos, la penal se propone el castigo de los actos constitutivos de delito y la potestad administrativa de corrección que tiene como fin específico conservar el prestigio de los funcionarios²⁸.

También en otros ámbitos, el Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina según la cual se halla conforme con la propia naturaleza del ejercicio del *ius puniendi* que no se pueda sancionar en vía penal y administrativa un mismo hecho cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, principio de derecho aplicado por el Constitucional en la S.T.C. 2/1981, de 30 de enero, en la que no obstante, se recoge también la doctrina sobre la posibilidad de que se ejercite la potestad sancionadora de la Administración y la de los Tribunales

²⁴ SS.T.S. de 13 de octubre de 1958, 21 de octubre de 1960, y 3 de julio de 1965.

²⁵ Cano Mata, A., *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, 1985, págs. 214 y ss.

²⁶ Diario de Sesiones, Comisión Constitucional, sesión de 16 de mayo de 1978, n.º 67, págs. 2387 y ss.

²⁷ S.T.S. de 5 de octubre de 1986, Sala 5.ª.

²⁸ SS.T.S. de 19 de diciembre de 1979, y 19 de abril de 1985.

Penales, dando lugar a una duplicidad de sanciones cuando el sujeto y los hechos al mismo imputados guarden relación o prestación de un servicio público que dimana del ejercicio de una función pública o prestación de un servicio público en garantía de los cuales, y como consecuencia de una conducta reprochable penalmente, se exija que al sujeto infractor se le imponga una sanción en función de la protección de un interés público específico no contemplado en la normal legal²⁹.

La doctrina ha resultado congruente con las premisas de las que parte, pues si para aplicar el *ne bis in idem* se requiere plena identidad de los tres elementos requeridos, en estos casos el último no concurre al proteger cada norma intereses distintos, con diferentes Bienes Jurídicos: **Existe Bis pero no idem**, circunstancia que implica su falta de vigencia.

Las afirmaciones anteriores aparecen claras en la constante Jurisprudencia, no resulta tan diáfano cuáles son los supuestos en que no rige el *ne bis in idem*, es decir qué tipo de sanciones entran en el ámbito de las llamadas relaciones especiales de sujeción, compatibles con los castigos penales y se incluyen las disciplinarios de funcionarios, usuarios de servicios públicos, contratistas, concesionarios³⁰. Igualmente las sanciones de la llamada policía demanial de aguas o minas, las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables, concesiones y contratos³¹, sanciones a presos en un establecimiento penitenciarios³², estudiantes, y soldados, situaciones más características del concepto analizado.

IV. RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Jurisprudencia Constitucional y buena parte de la Doctrina conectaron desde el principio el *ne bis in idem* con el derecho fundamental a la Legalidad consagrado en el art. 25 C.E., consiguiendo con ello su más alta protección jurisdiccional a través del Recurso de Amparo. La S.T.C. 2/1981, de 30 de enero vino a considerar que el Principio aunque no recogido expresamente entre los derechos fundamentales va íntimamente unido a los Principios de Legalidad y Tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25, así el Anteproyecto de Constitución reconocía expresamente dentro del art. 9 el principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos³³.

La exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el art. 25.1 C.E. obedece entre otros motivos a la necesidad de conocimiento previo de la reacción punitiva, concepción puramente garantista, que devendría inútil si con ese mismo hecho

²⁹ S.T.S. de 6 de mayo de 1988.

³⁰ S.T.C. de 8 de junio de 1981 y S.T.S. de 28 de diciembre de 1987.

³¹ S.T.S. de 30 de enero de 1988 «...donde los castigos a imponer serían fruto del incumplimiento de una obligación contractual...».

³² S.T.C. 2/1987, de 21 de enero.

³³ SS.T.C. 21/1987, de 19 de febrero, y 150/1991, de 4 de julio.

con igual fundamento pudiese ser objeto de nueva sanción, configurándose al *ne bis in idem* dentro de la vertiente material como un derecho fundamental.

La doctrina no es unánime dentro de la consideración del Principio como corolario del Principio de Legalidad en el ámbito sancionador³⁴, pues otros autores consideran que la prohibición del *bis in idem* no tiene nada que ver con dicho principio³⁵.

Frente a los mismos debe sostenerse que el Principio de Legalidad impone que los hechos tipificados como sancionables sean excluyentes, imposibilitando dos o más sanciones por un mismo hecho infractor y a establecer criterios para determinar que norma de las varias concurrentes debe aplicarse, así la predefinición normativa de la sanción es consustancial al Principio de Legalidad, infiriéndose de ello que la pretensión de volver a sancionar una ilicitud vulnera de manera clara el Principio de Legalidad suponiendo de modo directo rebasar los límites de la sanción prefijados.

Esta funcionalidad excluyente del Principio de Legalidad en el sentido de asignación a cada sanción del ilícito como desvalor reprochable es esencial para mantener la vigencia de la prohibición de doble sanción por los mismos hechos, en efecto si se considerase que el único fundamento de prohibición fuera la proporcionalidad, podría entenderse que la imposición de una sanción penal y otra administrativa por la comisión de un único ilícito no siempre estará prohibida, ya que no siempre tendría que ser desproporcionada, nada impediría, salvo excepciones manifiestas, que para determinados ilícitos el legislador fragmentara su respuesta en dos normas, que se aplicarían de forma acumulada pero por autoridades diferentes, idea de Rebollo Puig y Martín Retortillo. Pero esta concepción del Principio conduciría realmente a la propia desaparición del Principio, con una vuelta a las tesis preconstitucionales de diferenciación cualitativa entre penas y sanciones administrativa, pues la Administración Pública procedería a prever y aplicar nuevas sanciones que complementarían las respuestas penales o administrativas dada a determinados ilícitos, trasladando al Constitucional la carga de analizar caso por caso cuando la acumulación de sanciones penales y administrativas resultarían desproporcionadas y por tanto contrarias al art. 9.1 C.E.

La funcionalidad excluyente del Principio de Legalidad tiene base constitucional en el sentido que la idea que la sanción asignada a cada ilícito expresa todo el desvalor que el ordenamiento atribuye a una determinada conducta, encuentra respaldo en el art. 25 C.E., cuando determina que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse consti-

³⁴ García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 1988, págs. 246 y ss., y Quintero Olivares, G., «La autotutela. Los límites del poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derechos Penal», *Revista de Administración Pública*, n.º 126, págs. 281 y ss.

³⁵ Arroyo Zapatero, L., *Principio ne bis in idem*, pág. 19.

tuyan delito, falta, o infracción administrativa, especialmente con la conjunción disyuntiva «o» consagra la función excluyente del principio de legalidad, de modo que un comportamiento podrá ser sancionado con arreglo al tipo penal o administrativo pero nunca simultáneamente (el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común preceptúa que no podrá sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente.

Íntimamente unido a la Función excluyente del Principio de Legalidad, la vinculación de éste con el *ne bis in idem* puede sostenerse desde la interdicción de la arbitrariedad en conexión con la proporcionalidad, principios recogidos en el art. 9.1 C.E.³⁶.

V. INCIDENCIA DEL *NE BIS IN IDEM* EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en *bis in idem* no basta con que las infracciones aplicadas presenten diferencias, o que una de ellas represente sólo un aspecto parcial de la otra³⁷, pues la cuestión de si se ha violado o no el principio protegido en el art. 4 del Protocolo 7 C.E.D.H. atañe a las relaciones entre los dos ilícitos aplicados, si bien este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la extiende al derecho a no ser perseguido penalmente³⁸.

Afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el art. 4 del Protocolo 7 no se refiere al mismo ilícito, sino a ser perseguido o sancionado penalmente de nuevo por un ilícito por el cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado, de modo que si bien entiende que el mero hecho de que un solo acto constituya más de un ilícito no es contrario a este artículo, no por ello deja de reconocer que este artículo despliega sus efectos cuando un acto ha sido perseguido o sancionado penalmente en virtud de ilícitos sólo formalmente diferentes³⁹.

El T.E.D.H. señala que existen casos en los que un acto a primera vista parece constituir más de un ilícito, mientras que el examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un ilícito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros, ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos ilícitos, uno de los cuales contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adicional.

Puede haber otros casos en que los ilícitos únicamente se solapen ligeramente, así cuando diferentes ilícitos basados en un acto son perseguidos de forma con-

³⁶ Trayer Jiménez, J. M., «Sanción penal-sanción administrativa: el principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia», *Poder Judicial*, n.º 22, junio 1991, pág. 113.

³⁷ S.T.E.D.H. de 23 de octubre de 1995, caso Grandinger c. Austria, &55.

³⁸ S.T.E.D.H. de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria, & 29.

³⁹ S.T.E.D.H. de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria, & 29.

secutiva, uno después de la resolución sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales⁴⁰.

Analizada la doctrina del T.E.D.H. procede analizar lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para la mejor concreción de la cuestión analizaremos el Principio *ne bis in idem* en relación con el Principio Comunitario de la libre circulación de personas, mercancías, bienes y servicios⁴¹.

El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, en adelante Caas, se firmó por trece países, entre ellos España, para la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes en la circulación de personas. Dentro del Caas los arts. 54 al 58 prevén la aplicación del principio *ne bis in idem*, en particular los arts. 54, 55, y 58.

En el asunto que nos ocupa un ciudadano de nacionalidad turca que reside en los Países Bajos se le incautó sustancias estupefacientes, siendo condenado por la Justicia del País. Posteriormente un Banco alemán alertó a las autoridades monetarias de las grandes sumas que tenía en la entidad el nacional turco. Derivado de ello, y tras recabar información de las autoridades de los Países Bajos se procedió a la detención del individuo cuando se encontraba en Alemania, imputándole varios delitos de tráfico de drogas, siendo condenado por la justicia alemana.

Recurrida la sentencia, el órgano superior sobreseyó la cuestión al vincular la decisión holandesa a los órganos judiciales alemanes según el art. 54 del Caas.

Derivado de todo lo anterior se planteó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuestión prejudicial ¿Si el principio *ne bis in idem* consagrado en el art. 54 del Caas se aplica a los procedimientos de extinción de la acción pública como los controvertidos en los litigios principales?

El art. 54 del Caas determina que una persona que haya sido juzgada en sentencia firme en un Estado miembro no puede ser perseguida por los mismos hechos en otro Estado miembro. Este principio implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aún cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente, con la finalidad que dicha disposición prevalezcan sobre los aspectos formales, por lo demás variables en función de los Estados miembros de que se trate y que garantiza una aplicación eficaz del principio⁴².

⁴⁰ SS.T.E.D.H. de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c Austria, & 25, y 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria, & 25.

⁴¹ Sentencia del T.J.C.E. 11 de febrero de 2003, Cuestión prejudicial en los asuntos acumulados C-187/2001 y C-385/2001.

⁴² Art. 2 de la U.E., párrafo primero, cuarto guión mediante el Tratado de Amsterdam la U.E. se impuso como objetivo mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas.

El art. 54 del Caas pretende evitar que una persona por el hecho que ejerza su derecho a la libre circulación se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio del varios Estados miembros sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aún cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no adopten la forma de sentencia.

En estas circunstancias limitar la aplicación del Caas a las decisiones de extinción de la acción pública que se adopten por un órgano jurisdiccional o que revistan la forma de sentencia equivaldría a que sólo pudiera acogerse al Principio *ne bis in idem* previsto en el convenio, y en consecuencia a la libre circulación que ésta pretende facilitar los acusados que hubieran sido condenados por infracciones que, debido a su gravedad o a las sanciones que lleven aparejadas, impidan que se haga uso de la solución simplificada de algunos asuntos penales que ofrecen los procedimientos de extinción de la acción pública como los controvertidos en los litigios principales.

Podemos concluir que el Principio *ne bis in idem* consagrado en el art. 54 del Caas es aplicable a los procedimientos de extinción de acciones contra particulares en un procedimiento penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado se haya visto sometido a unas determinadas obligaciones y consideraciones, sin perjuicio que se finalice por sentencia judicial y participación de órgano judicial, siempre en aras de evitar un doble enjuiciamiento pena a los ciudadanos residentes en la U.E. dentro de las prescripciones de supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, al objeto de creación del Espacio Europeo de Justicia y Seguridad común.