

**Principio constitucional «ne bis in idem»
(A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)**

Manuel Jaén Vallejo
Profesor titular de Universidad
Letrado del Tribunal Supremo
(España)

1. Este principio está reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966), ratificado por España en 1977, a cuyo tenor:

"Nadie puede ser *procesado o penado* de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Precepto que en España, de acuerdo con lo previsto en los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución, forma parte del ordenamiento jurídico interno.

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este principio arranca de la importante *Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981*, principal precedente en esta materia, en donde se afirmó que este principio general del derecho supone que no tenga lugar una duplicidad de sanciones - administrativa y penal - cuando exista *identidad del sujeto, hecho y fundamento*, considerándolo integrado en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución)¹. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha ido aclarando el distinto alcance del principio del *ne bis in idem*, según se produzca su quebrantamiento por la aplicación de una doble sanción, administrativa y penal, o se produzca su quebrantamiento por la aplicación de una doble sanción en un único ámbito sancionatorio.

2. En cuanto a la esfera jurídico-penal, el principio del *ne bis in idem*, dice la *Sentencia del Tribunal Constitucional 221/1997*,

"aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al art. 25.1 CE", luego "siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta inculpada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito".

Esto último es lo que ocurrió precisamente con ocasión de la *Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1996*, en la que los recurrentes habían sido condenados en dos ocasiones por unos mismos hechos, concretamente por dirigir un establecimiento de óptica sin la correspondiente titulación (delito de usurpación de funciones), otorgando en consecuencia el Tribunal Constitucional el amparo solicitado y reconociendo expresamente a los recurrentes su derecho a no ser condenados dos veces por los mismos hechos.

En cambio, no se dará la vulneración del principio *ne bis in idem* en los supuestos de *concurso de delitos*, en los que si bien hay una identidad de sujeto, e incluso puede haber identidad de hecho, el fundamento, en cambio, es diferente, pues aquéllos se caracterizan por la pluralidad de lesiones de bienes jurídicos, de normas penales – luego el fundamento de los delitos que concurren es diferente –

¹ Cfr., en este mismo sentido, y con amplio tratamiento de jurisprudencia y bibliografía sobre la materia, Pérez Manzano, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia 2002, aunque añadiendo también como fundamento el principio de proporcionalidad y distinguiendo entre el derecho a no ser sometido a dos procesos por el mismo hecho y el derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho, p. 175; también Huerta Tocildo, S., en "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, se refiere a este mismo engarce constitucional, aunque reconociendo, con cita de Arroyo Zapatero ("Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", REDC, núm. 8, 1983, p. 19), que este principio "no ha sido entendido por la doctrina penal como una derivación inmediata del principio de legalidad de los delitos y de las penas, sino como una consecuencia inherente a las exigencias de racionalidad y no arbitrariedad que a todos los poderes públicos impone el art. 9.3 C.E.", p. 52.

para las que el autor habrá necesitado de una (concurso ideal) o varias acciones (concurso real). Otra cosa es la respuesta penal que merezca el concurso de delitos, pues mientras que los que sostienen la distinción propugnan distintas reglas para cada una de las modalidades concursales, desde la perspectiva de los autores que defienden un tratamiento unitario se defiende, por el contrario, una pena unitaria².

3. Pero este principio, no sólo tiene incidencia en el derecho penal material, sino también en el derecho procesal penal. Es decir, se debe distinguir entre la dimensión sustantiva (nadie puede ser *penado* de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente), y la dimensión *procesal* (nadie puede ser *juzgado* de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente). Dice al respecto Bacigalupo que "no sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad"³.

Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27-1-1996*, el Ministerio Fiscal había basado su recurso de casación en el art. 850.1º LECrim., alegando un quebrantamiento de forma al haberse denegado la suspensión del juicio ante la incomparecencia de un testigo. Dicha Sentencia del Tribunal Supremo señaló que el Tribunal *a quo* había suspendido ya en varias ocasiones el juicio, llevando la búsqueda de los testigos de la acusación a este procedimiento al límite del plazo compatible con el derecho a ser juzgado dentro de un término razonable, así como que la jurisprudencia de la Sala ha establecido que cuando un testigo no puede ser hallado, ha muerto o desaparecido, procede su lectura en el juicio "a instancia de cualquiera de las partes", según el procedimiento previsto en el art. 730 LECrim. En el caso concreto, el Tribunal *a quo* no había procedido a la lectura de las declaraciones sumariales de la testigo incomparecida, a pesar de haberlo solicitado así el Ministerio Fiscal y de ser exigible de acuerdo con la jurisprudencia en esta materia, teniéndolas simplemente «por reproducidas», por lo que, dice la Sentencia del Tribunal Supremo, dicho órgano judicial vulneró el principio de publicidad, aunque el Ministerio Fiscal, al no haber formulado protesta alguna, toleró dicha situación. En tales circunstancias, concluye la Sentencia del Tribunal Supremo,

"no es posible ahora volver a juzgar al acusado para dar a la acusación una oportunidad procesal que tuvo y, sin embargo, no ejercitó en tiempo y forma. La prohibición del «double jeopardy», es decir, del doble peligro de condena, que es contenido de la Vª Enmienda de la Constitución de los EEUU, no está expreso en la CE, pero está indudablemente implícito en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por tanto como un derecho fundamental.

En consecuencia, la repetición del juicio oral sólo tendría la finalidad de permitir una lectura pública de las declaraciones de la testigo ausente, para que la Audiencia pudiera valorarlas subsanando de esta manera una incorrección procesal que la acusación toleró en el proceso, lo que vulneraría el principio *ne bis in idem* procesal".

4. Distinta es la situación cuando se produce la aplicación de una *doble sanción, administrativa y penal*, existiendo identidad de sujeto, hecho y fundamento⁴. Aquí hay que tener en cuenta que la

² Cfr., Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho Penal español*, ed. Ariel, Barcelona, pp. 350 y 351; según este autor, "toda esta materia de aplicación de la pena debería reformularse completamente, pues lo importante es el fin que cumple la pena y desde ahí formular criterios de aplicación. No debería haber diferencia alguna entre concurso real e ideal, en primer lugar, ya que se dan varios delitos". Reyes Alvarado, Y., *El concurso de delitos*, eds. Reyes Echandía abogados, 1990, Bogotá, quien entiende que "lo que a la ciencia penal debe interesar es la puesta en peligro o causación efectiva de una o varias lesiones a uno o más bienes jurídicos", p. 347. Sanz Morán, A., *El concurso de delitos*, Universidad de Valladolid, 1986, quien llega a afirmar que "carece de relevancia práctica la distinción entre concurso ideal y concurso real". Vives Antón, T.S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, ed. Universidad de Valencia, 1981, para quien "la unificación del régimen punitivo es, a la vez que una exigencia de justicia, una demanda de claridad legislativa, ...", p. 42. Zaffaroni, E.R., *Tratado de Derecho Penal*, PG, Buenos Aires, t. IV, quien afirma que si hay varios hechos punibles tanto en el concurso real como en el ideal, no tiene sentido alguno una regulación separada, p. 516.

³ Bacigalupo, E., *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, p. 95.

⁴ Según el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a la eventual *conurrencia de sanciones*, "no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se

actuación sancionadora de la Administración se debe subordinar siempre a la de los Tribunales de Justicia, luego que aquélla no puede actuar mientras no lo hayan hecho éstos, es decir, "la pendencia del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos" (Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2001). Se quiere evitar así, no ya sólo que se produzca una doble incriminación, sino también que "recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos -penal y administrativo sancionador- atribuidos a autoridades de diverso orden" (Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999).

Ahora bien la *Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999*, que otorgó el amparo, reconociendo el derecho del demandante a la legalidad penal y sancionadora, en su vertiente del derecho a no ser doblemente sancionado por unos mismos hechos (art. 25.1 de la Constitución), en un caso en el que aquél había sido sancionado primero administrativamente y después penalmente, Sentencia muy polémica y controvertida porque se otorgó el amparo a pesar de que el órgano jurisdiccional había tenido en cuenta la sanción administrativa previa al imponerle la pena, declara que

"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 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 aquel derecho fundamental".

Por tanto, la Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre la base del *principio de seguridad jurídica* (art. 9.3 CE), aclara que *tal dimensión procesal no puede ser interpretada en oposición a la material*, que ha de impedir que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración⁵, por lo que concluye declarando que

"irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento (...)"

De todos modos, dicha Sentencia del Tribunal Constitucional contiene un voto particular, en el que los dos magistrados firmantes disienten, especialmente de la concepción procesal del principio constitucional.

El voto particular entiende que la sanción penal recaída en el caso concreto no duplicó la sanción administrativa, pues las infracciones administrativa y penal eran distintas; no existía entre ambas identidad de fundamento, pues mientras que la sanción administrativa sirvió para sancionar un vertido de aguas contaminantes carentes de la preceptiva autorización administrativa, la sanción penal (art. 347 bis del Código penal de 1973), en cambio, se debió a que el elevado grado de toxicidad de esos vertidos ilegales puso en peligro grave la salud de las personas o pudo perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal o vegetal. En definitiva, "que la Administración multe a quien realiza vertidos nocivos no autorizados no impide a los Tribunales penales sancionar a quien, con esos mismos vertidos, pone en grave riesgo la salud pública y el medio ambiente".

Según el voto particular, la pena no supuso una reiteración inadmisibles de la multa impuesta por cometer la infracción administrativa, pues se trató de dos conductas distintas (afirmación, por lo menos, dudosa), que lesionaron intereses jurídicos diferentes, además de haber tenido cuenta los Tribunales penales la necesidad de evitar una desproporción punitiva, pues la cantidad abonada en concepto de multa administrativa por el recurrente había sido aplicada por aquéllos para el pago de la multa penal, es decir, el principio de proporcionalidad quedó salvaguardado. Además, señalaba el voto particular que, aun en la hipótesis de que hubiera habido en el caso resuelto una identidad tal

aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento"; v. también los arts. 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

⁵ Cfr. Queralt Jiménez, J.J., "«Ne bis in idem»: significados constitucionales", en Libro Homenaje a Juan del Rosal, Madrid, 1993, pp. 902 y 903, quien critica el criterio del Tribunal Constitucional sobre la no aplicación del principio *ne bis in idem* en las relaciones especiales de poder.

que justificara la aplicación del principio *ne bis in idem*, "la solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional", pues desde la Sentencia 77/1983 el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo una subordinación de las Administraciones sancionadoras a la Autoridad judicial.

5. La última Sentencia en esta materia, de una importancia extraordinaria, no sólo porque procede del Pleno del Tribunal Constitucional, sino porque además representa un intento de armonización en esta materia, es la *Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003*, que cambió expresamente la anterior doctrina constitucional, contenida en las Sentencias 177/1999 - Sala primera - y 152/2001 - Sala segunda -.

En este caso, el recurrente había dirigido su recurso de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal que lo había condenado por un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 Código penal, y contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que confirmaba la anterior en apelación, alegando la vulneración del principio *non bis in idem*, por cuanto que había sido sancionado por los mismos hechos (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) en vía administrativa, antes de dictarse sentencia condenatoria en el proceso penal.

Las cuestiones objeto de revisión constitucional en esta *Sentencia del Tribunal Constitucional* se referían, entre otros extremos: 1, a la doctrina sobre la reiteración punitiva - *bis* - constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 de la Constitución, considerando ahora que la vulneración del derecho fundamental en su vertiente material requiere la efectiva reiteración sancionadora y no basta la mera declaración de imposición de la sanción, luego si se ha procedido a descontar la anterior sanción (como en el caso que resuelve y como ocurrió en el caso resuelto en la Sentencia 177/1999), ya no habrá sanción desproporcionada alguna y no se habrá producido aquella vulneración constitucional; y 2, a la relevancia del órgano sancionador que conoce de los hechos en primer lugar, afirmando ahora la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en estos casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal (como se defendió en el voto particular de la Sentencia 177/1999).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 recuerda el importante precedente en esta materia representado por la Sentencia 2/1981, en la que se afirmó que el principio *non bis in idem* formaba parte del principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 de la Constitución), y que veda la imposición de la dualidad de sanciones «en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento».

Este engarce constitucional del art. 25.1 de la Constitución, en realidad, es muy dudoso, pues según el contenido generalmente reconocido al derecho fundamental a la legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege, scripta, certa et stricta*), aquel principio resulta ajeno a la esencia de este último derecho; dicho con otras palabras, un *bis in idem* no afecta a la necesidad de que la ley penal sea una ley escrita – en España, además, orgánica –, ni al carácter de ley previa, o a la necesidad de que sea una ley clara y precisa, ni tampoco a la prohibición de una interpretación analógica prohibida.

Con razón, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27-1-1996, antes mencionada, luego de referirse a la prohibición del «double jeopardy», es decir, del doble peligro de condena, contenido de la Vª Enmienda de la Constitución de los EEUU, que no está expreso en la Constitución española, señaló que dicho principio sí está indudablemente implícito en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, por tanto como un derecho fundamental. Además, no hay que olvidar que el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) reconoce expresamente este principio, como muy bien lo recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003. Pero no es claro el engarce constitucional a través del principio de legalidad.

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 se refiere a las normas aplicadas en el caso objeto de examen: el art. 12.1 del Real Decreto 339/1990, según el cual "no podrá circular por las vías objeto de esta Ley el conductor de vehículos o bicicletas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas ...", tasa que el art. 20.1 del Reglamento general de circulación situaba en 0'4 mgrs. por litro de aire espirado; y el art. 379 del Código penal.

Dice la Sentencia que el delito contenido en este último artículo no constituye una infracción meramente formal, como sí lo es la que tipifica el art. 12.1 del Real Decreto 339/1990, refiriéndose a su jurisprudencia sobre esta cuestión, con cita del importante precedente de la Sentencia 145/1985,

en la que se afirmó que el supuesto delictivo «no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas», y de la Sentencia 111/1999, en la que se afirmó que «se trata de una figura delictiva similar, pero no idéntica, a la correlativa infracción administrativa, caracterizándose aquélla por la exigencia de un peligro real para la seguridad del tráfico».

El Tribunal Constitucional, pues, identifica la infracción penal contenida en el art. 379 del Código penal con la existencia de un efectivo peligro (habla incluso en la última Sentencia mencionada de «peligro *real*»); a *sensu contrario*, si no hay peligro real, por más que el conductor conduzca bebido, no habría infracción penal, sino sólo administrativa.

El anterior criterio es, por lo menos, dudoso, pues en el ámbito penal hay una categoría de delitos, los de peligro abstracto⁶ - en buena medida exigida por las especiales características de la actual «sociedad de riesgos»⁷ - a los que pertenece el delito de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379 del Código penal⁸, que se caracteriza precisamente por la ausencia de un peligro real (sí exigido, en cambio, en el art. 381 del Código penal, que contiene un delito de peligro concreto: conducción con temeridad manifiesta). El propio Tribunal Constitucional ha reconocido su existencia e implícitamente su compatibilidad constitucional. Por ejemplo, en la Sentencia 42/1999, a propósito de un delito contra el medio ambiente⁹.

Por tanto, en mi opinión, debería tenerse en cuenta, que, en realidad, el tipo penal del art. 379 se realiza infringiendo la prohibición de conducir bebido, sin que sea necesario que esta última conducta llegue a poner *realmente* en peligro la seguridad del tráfico, porque lo que el legislador quiere evitar es que se conduzca en esa situación, lo mismo que quiere evitar, por citar otros supuestos similares, que se administre a los animales cuyas carnes se destinan al consumo humano sustancias no permitidas, aunque éstas no lleguen a generar un peligro concreto (art. 364), o se pongan a la venta alimentos en estado de putrefacción (art. 363), o que se favorezca el consumo de drogas (art. 368), etc., aunque en ninguno de estos casos, haya estado nadie «a punto de» morir, o de sufrir un daño en su salud.

Como señaló la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 14-9-2002, referida a los delitos alimentarios (art. 364.2.1º), que también son, como se dijo, de peligro abstracto, «cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto», sino sencillamente de la infracción del deber impuesto por la prohibición. En estos delitos - acaso incluso este criterio se podría generalizar - de lo que se trata es de mantener la vigencia de la norma que contiene aquella prohibición. Este es el verdadero interés protegido, no un objeto concreto en particular.

Por tanto, en el caso del delito contenido en el art. 379 del Código penal, la realización del tipo penal (otra cosa es la realización del delito, que depende siempre de un conjunto de presupuestos estructurados en varias categorías que a su vez requieren distintos requisitos) depende, sencillamente, de la infracción del deber de no conducir «bajo la influencia de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas», sin que la expresión «bajo la influencia de» signifique que el conductor deba conducir temerariamente, circulando, por ejemplo, en dirección

⁶ Se ha llegado a decir en la doctrina que la evolución hacia los delitos de peligro abstracto es irreversible; cfr., en este sentido, G. Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. de M. Cancio y B. Feijóo), ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 44.

⁷ Cfr. U. Beck, "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo" (trad. del Rio Herrmann), en *Revista de Occidente*, núm. 150, noviembre 1993, pp. 19 y ss.

⁸ Cfr., por todos, Tamarit Sumalla, J. M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Dir. Gonzalo Quintero Olivares), ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1762, en donde este autor, correctamente a mi juicio, afirma que el tipo penal del art. 379 es de "peligro abstracto, en la medida que la realización típica no depende de la verificación de un resultado de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas".

⁹ En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, frente a la tesis del recurrente - que había sido condenado por la Audiencia Provincial por un delito contra el medio ambiente del art. 347 bis del Código penal de 1973 -, según la cual para la aplicación de este delito era necesario un peligro concreto para la salud de las personas o para las condiciones de vida animal o vegetal, que no concurría en el caso pues los ríos afectados por el vertido eran «ríos muertos», habiendo considerado la Audiencia, por el contrario, que era suficiente un peligro abstracto, opone que no podía invadir esferas de competencias que sólo los Tribunales ordinarios tienen atribuidas, y que "la decisión relativa a cuál sea en abstracto o en concreto la interpretación más adecuada del precepto como paso previo a su aplicación, constituye competencia exclusiva de los órganos judiciales".

contraria, por encima de la acera, o que haya estado a punto de atropellar a alguien, sino, lisa y llanamente, que conduzca bebido o drogado, superando en el primer caso la tasa de alcohol que esté fijada en las normas de tráfico, hipótesis ambas en las que es razonable «sospechar» el peligro potencial, abstracto, que tal conducción supone, y que por precaución se quiere evitar, lo mismo que ocurre, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, en los que no es necesario que exista un peligro real para la salud pública de las personas o para las condiciones de vida animal o vegetal, sino que basta con que se realice un determinado vertido para su realización (Sentencia 42/1999), porque existe una presunción razonable de que tal conducta puede afectar a aquellos bienes e intereses¹⁰.

El que ha ingerido alcohol, por encima de la cantidad que esté determinada, conducirá «bajo la influencia de bebidas alcohólicas», aunque en el momento en que sea objeto de control no lo haya exteriorizado en su forma de conducir, y ello no tiene por qué afectar al principio de culpabilidad, pues no se presume nada en contra del acusado, y ello porque: 1, está ciertamente prohibido conducir después de haber ingerido alcohol por encima de una cantidad que se entiende, según la experiencia general, que ejerce una influencia negativa en la capacidad psicofísica del conductor, luego que puede afectar a la forma de conducción y, por tanto, a la seguridad de tráfico; y 2, ciertamente dicho sujeto conducía con esa ingestión de alcohol. Otra cosa es que el legislador «presuma», en todos estos delitos en los que se adelanta la protección penal, el peligro que puede suponer la conducta (en realidad, lo mismo ocurre, por ejemplo, en la tentativa), y por precaución establezca la prohibición penal, aspecto que siempre podrá ser objeto de discusión, como también lo puede ser el mismo sistema mixto de protección (penal y administrativo) que el ordenamiento jurídico brinda en determinados ámbitos.

Se trata, pues, de una técnica legislativa, que cuenta con la aprobación, al menos implícita, del propio Tribunal Constitucional, reconocida ampliamente en la doctrina, con la que se pretende adelantar la protección penal, en determinados delitos (como los delitos alimentarios, tráfico de drogas, medio ambiente, seguridad del tráfico, etc.), para una mayor eficacia de las correspondientes normas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 señala que a pesar de la diferencia esencial entre la infracción administrativa y el delito mencionados – a mi juicio esta afirmación es muy dudosa¹¹ –, no se podía sostener la ausencia de identidad que determinara la inaplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, pues ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común - conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas -, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la doctrina sobre la reiteración punitiva - *bis* - constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 de la Constitución, declara ahora que, *la vulneración del derecho fundamental en su vertiente material requiere la efectiva reiteración sancionadora*, no bastando ahora la mera declaración de imposición de la sanción – como lo había afirmado en su Sentencia 177/1999 (basándose en el principio de seguridad) –. Luego, en el caso concreto no podía considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto – al haber sido descontada por el órgano jurisdiccional la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir –, permitía concluir que no había habido una duplicación - *bis* - de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 de la Constitución.

En cuanto *al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador*, dice la Sentencia que la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos

¹⁰ Cfr. U. Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt, 1989, p. 280, quien sostiene que en los delitos de peligro abstracto se protegen normas de seguridad, necesarias para una despreocupada disposición sobre los bienes.

¹¹ Como también lo es en todos aquellos casos en los que existe un sistema mixto de protección, esto es, de existencia de normas penales y administrativas respecto a unos mismos hechos, como es el caso, por ejemplo, en España, aparte del ámbito automotor, de los fraudes fiscales, de subvenciones, medio ambiente, seguridad de los trabajadores, ordenación del territorio, etc. Con razón, M. Bajo y S. Bacigalupo, en *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, p. 79, afirman que la diferencia "entre el delito y la infracción administrativa ha de considerarse fracasada".

sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento - su grado de complejidad - como a las de la sanción que sea posible imponer en él - su naturaleza y magnitud - pueden equipararse a un proceso penal. La interdicción de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que *un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador*. Por supuesto, y en esto no cabe duda alguna, si a la Administración le consta en un determinado momento la existencia de un procedimiento penal por los mismos hechos, debe suspender el procedimiento administrativo, cualquiera que sea el momento en que éste se encuentre, hasta que recaiga resolución judicial (art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración).

El Tribunal Constitucional se refiere a la relevancia del órgano sancionador que conoce de los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal (art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

La Sentencia del Tribunal Constitucional deja ahora claro que *en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla*.

La Sentencia del Constitucional concluye afirmando que las resoluciones penales no vulneraron el derecho a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento (art. 25.1 de la Constitución), pues no hubo reiteración sancionadora (*bis*), ni tampoco 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 Constitución), ya que el procedimiento administrativo sustanciado no es equiparable a un proceso penal a los efectos de este derecho fundamental.

En el *Voto particular*, el Magistrado disidente (que había sido ponente de la Sentencia 177/1999), reiterando el criterio de la Sentencia 177/1999, entiende que se debió otorgar el amparo por vulneración del principio *ne bis in idem*, al haber recaído dos sanciones, la administrativa y la penal, por unos mismos hechos y con el mismo fundamento, por lo que se debió declarar la nulidad de las Sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales.

6. Si el principio *ne bis in idem* presenta no pocas dificultades en el ámbito interno, como se ha podido comprobar a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia, también las presenta en su *proyección externa*, es decir, con relación a otros países.

Por lo general, en las distintas legislaciones europeas el principio del *ne bis in idem* sólo rige en el ámbito de la legislación interna, sin proyección externa, existiendo, pues, la posibilidad de repetir el juicio, aun cuando se haya producido ya una condena en otro país por el mismo hecho; esta condena ya sufrida sólo se tomaría en cuenta a los efectos de su contabilización en la medida de la pena a imponer. Así, el parágrafo 51 del StGB alemán, relativo al abono de penas, establece que cuando el condenado haya sido castigado en el extranjero por el mismo hecho, se contabilizará la pena ya cumplida, es decir, es posible un doble juicio, aunque para evitar la desproporcionalidad de la pena se toma en cuenta la ya sufrida en el extranjero. Y en términos similares se regula esta misma materia en otras legislaciones, como es el caso del parágrafo 66 del StGB austriaco, del art. 138 del Código penal italiano, y del art. 31 del Código penal suizo.

También otras legislaciones admiten, aunque indirectamente, esta misma posibilidad, desde el momento en que se admite la posibilidad de un segundo juicio si el delito por el que ha sido condenado el sujeto en otro país se cometió en territorio nacional, como es el caso del art. 692 del Código de procedimientos penales francés, y lo mismo ocurre en Portugal y Bélgica. Otras legislaciones, por el contrario, como es el caso de la de Holanda, aplican por igual el principio *ne bis in idem*, es decir, tanto interna como externamente.

Ahora bien, en el *ámbito espacial de los países del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*, firmado en 1990 y al que se adhirió España en 1991, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 54 y 55. Según el art. 54, que establece la regla general, esto es, la vigencia del principio *ne bis in idem* en el ámbito interno de los países de Schengen (Alemania, Países Bajos, Francia, Italia, España, etc.):

“Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que,

en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

De todos modos, la mayor parte de los países que han suscrito el Convenio, han hecho reserva – no es el caso de España – conforme a lo establecido en el *art. 55*, que establece lo siguiente:

“1. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los siguientes supuestos:

- a) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia.
- b) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante.
- c) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo”.

Por tanto, en las hipótesis de realización del delito en territorio nacional y de delitos que afecten a intereses esenciales del Estado, como sería, sin duda, en España, el caso del terrorismo – aunque España, como se dijo, no hizo reservas – es perfectamente posible la celebración de un segundo juicio y una nueva condena, luego un *bis in idem*, siempre con el límite del principio de proporcionalidad, que exige que se contabilice en la medida de la pena la que se le impuso al sujeto en el primer juicio.

Entre las excepciones al principio *ne bis in idem*, es decir, entre las hipótesis en las que sería posible un *bis in idem*, contenidas en el Convenio, está la del funcionario que ha cometido el delito en el ejercicio de sus funciones, que es un supuesto de «relación de sujeción especial», porque en estos casos se entiende que “la pena atiende a la sanción del interés general – penalmente protegido – lesionado por el funcionario y la sanción disciplinaria procura la sanción del ataque a otro valor o interés (la relación de confianza y servicio que media entre el Estado y el funcionario y que éste ha defraudado)”¹².

¹² J.M. Zugaldía, *Fundamentos de Derecho Penal*, Granada, 1991, p. 117, aunque este autor critica este *bis in idem* particular, al propugnar la aplicación por igual del principio “a todos los miembros de los Cuerpos del Estado”, p. 120. Cfr., también críticamente sobre esta excepción al *ne bis in idem*, Octavio de Toledo, E., “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”, *La Ley*, número 4139, 1996, p. 3.