

Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada

Leopoldo Tolívar Alas¹

Sumario: I. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*: UN DERECHO FUNDAMENTAL NO PLASMADO EN LA CONSTITUCIÓN. II. EL REFERENTE SANITARIO EN LAS RELACIONES ENTRE ILÍCITOS PENALES E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS. 1. Protección de la salud humana y relación con la sanidad animal. 2. Primera codificación penal y sanidad humana y animal. 3. Sanidad y leyes de régimen local. 4. Regulación actual: Código punitivo, ley procedimental para las sanciones y ley básica sectorial. III. UNA DESTIPIFICACIÓN QUE CREA INSEGURIDAD: LA INHUMACIÓN ILEGAL. IV. CONCURRENCIA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL Y DE LAS DIVERSAS ADMINISTRACIONES. V. NO DUPLICIDAD SANZIONADORA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. VI. LA RELAJACIÓN DEL PRINCIPIO EN MATERIA DISCIPLINARIA. VII. UNA CONSTRUCCIÓN GARANTISTA, PERO INCONCLUSA.

I. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*: UN DERECHO FUNDAMENTAL NO PLASMADO EN LA CONSTITUCIÓN

Si el legislador, al aprobar el texto del actual artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, creyó que, con una redacción breve y una síntesis acertada de principios bien conocidos por doctrina y jurisprudencia, zanjaba el centenario problema de la concurrencia de sanciones, su ingenuidad ó su optimismo habrían sido mayúsculos. No creemos que fuera el caso puesto que los autores del proyecto eran, a buen seguro, conocedores de los fracasos históricos a la hora de resolver un asunto tan espinoso como inevitable desde el mismo momento en que, además del poder punitivo de los Tribunales, la Constitución reconoce la potestad sancionadora a la Administración. O, para ser más exactos, a las numerosas Administraciones con su diversidad de personificación y sus múltiples sectores de intervención, muchas veces en régimen de concurrencia.

1 Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo.

Esa misma Constitución, además, pese a ser tan prolija, técnica y definidora de criterios de Derecho Público, como lo demuestra su reconocimiento de los colegios profesionales o de los principios de indisponibilidad de los bienes demaniales, prescindió deliberadamente nada menos que del principio “non bis in idem”. Tuvo el Tribunal Constitucional que echar un temprano capote a los progenitores de la norma fundamental al señalar en la STC 2/1981, de 30 de enero², que aunque dicho principio no esté expresamente formulado en el texto, viene a ser una derivación de las garantías de su artículo 25. Pero no parece plausible el silencio final del constituyente en una materia tan delicada donde, justamente, el principio de legalidad al que pretende asirse el omitido, impone la máxima precisión y donde no caben, a efectos de inculpación, interpretaciones extensivas ni analógicas. Además, como ha destacado nuestra más autorizada doctrina en la materia, en la citada sentencia constitucional “ni se razonan las causas de la invocada *íntima unidad* ni resulta correcto derivar, sin más, el principio del *non bis in idem* del de la legalidad”³.

Pero lo cierto es que el Tribunal, por discutible que la cuestión haya sido en la doctrina, no ve sólo en el *non bis in idem* un principio general de derecho; ni solamente una derivación de algún derecho fundamental que le sirva de salvoconducto para un eventual amparo procesal:

“La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento” (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, F. 3; 94/1986, de 8 de julio, F. 4; 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; y 204/1996, de 16 de diciembre)⁴.

Huelga recordar que, hipotéticamente, la prohibición de duplicidad sancionadora abarca a los supuestos de triple identidad (de sujeto, hecho y fundamento) entre

2 Ponente Sr. Díez de Velasco Vallejo. En su Fundamento Jurídico (FJ) 4º, puede leerse que “el principio *non bis in idem* (...) si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.

3 Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2005, pág. 416, siguiendo el criterio previo de F. Sanz Gandasegú, *La potestad sancionadora de la Administración. La Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, págs. 132 y sigs. Sobre este principio véase el libro de Jacobo López Barja de Quiroga, *El principio non bis in idem*, Madrid, Dykinson, 2005.

4 STC 2/2003, de 16 de enero. Ponente Sra. Casas Baamonde, FJ 3.

un ilícito penal y una infracción administrativa, entre dos calificaciones penales o entre dos gubernativas.

Así, en la sentencia constitucional 91/2008, de 21 de julio⁵, se insistirá en que este principio:

“se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscrib, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos (...) en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

El Tribunal Constitucional ha indicado que el *ne bis in idem* “es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales” si se constata la triple identidad (STC 154/1990, de 15 de octubre)⁶. Como más adelante detallaremos, el problema principal estriba, a la hora de apreciar el bien jurídico protegido por el tipo penal o administrativo, en el ejercicio de la potestad disciplinaria en las relaciones de especial sujeción. El propio Tribunal Constitucional ha suavizado la prohibición de duplicidad de castigos en su citada STC 2/1981, al entender que la existencia de una relación de supremacía especial⁷ “puede justificar el ejercicio el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”⁸.

La doctrina de la diversidad de intereses jurídicos protegidos la encontramos nítidamente en la STC 234/1991, de 10 de diciembre⁹:

“... Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque con-

5 Ponente Sr. Pérez Tremps. La cita es del FJ 2.

6 FJ 3º. Ponente Sr. Rodríguez-Piñero.

7 Sobre este tipo de relaciones, véase Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1992 y “Sanciones administrativas y relaciones de sujeción especial”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 72, 1991, págs. 515-527; Iñaki Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de sujeción especial*, IVAP-Civitas, Madrid, 1994 y Mariano López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Universidad de Córdoba- Civitas, Madrid, 1994. Sobre el caso específico del funcionariado, véase Tomás Quintana López, “El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 52, 1986, págs. 585-597.

8 “El principio general de Derecho conocido por *non 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 fundamentos, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración” (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4º).

9 FJ 2º Ponente Sr. Rubio Llorente.

templa los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado [por lo que] para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de un conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección”.

La LRJyPAC establece, en el citado artículo 133, que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho o fundamento”.

El profesor Tomás CANO CAMPOS¹⁰ ha resumido las tres cuestiones fundamentales que plantea el principio “non bis in idem” de la siguiente forma:

— *Prohibición de doble sanción*: “Cuando un comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras (concurso de normas), el “non bis in idem” impone que solo una de ellas se aplique porque basta por sí misma para aprehender y castigar el total desvalor del hecho. Así nadie puede ser sancionado dos (o más) veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento”¹¹.

— *Reglas para resolver el concurso*: La Ley 30/1992 “prohíbe sancionar dos o más veces por una sola vulneración del ordenamiento jurídico, pero no precisa cuál de las normas sancionadoras concurrentes debe aplicarse. La jurisprudencia ha señalado que cuando una es penal y otra administrativa se debe aplicar la primera”¹² Desechado por el órgano judicial competente el ilícito penal, la Administración puede –y debe– investigar si se ha cometido una infracción administrativa, pero los hechos probados por la resolución penal firme vinculan a la Administración (art. 137.2 LRJyPAC)¹³.

10 En el Capítulo de “La actividad sancionadora” de las *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, Tomo III, §13, obra de la que es coordinador.

11 Y añade: “en rigor no es precisa una identidad entre los “hechos” de las normas que concurren, lo que casi nunca se producirá, sino que es suficiente que el hecho de una de ellas esté también previsto o contemplado en la otra”.

12 T. Cano Campos se basa en la STC 2/2003, de 16 de enero. Ponente Sra. Casas Baamonde, “que corrige la doctrina de la sentencia 177/1999”. En efecto, al final del FJ 9, el Tribunal concluye que “la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar tiene relevancia constitucional, a pesar de lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (F. 5), y en consonancia con la declaración efectuada por la STC 77/1983, de 3 de octubre (F. 3), acerca de 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”.

13 Para el profesor CANO, “cuando ambas normas son administrativas, las leyes sectoriales suelen prever la aplicación de la que establece una sanción más grave”, caso del artículo 94.2 Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Lamentablemente, aún estamos lejos de que esta regla se generalice en la legislación de los distintos campos de intervención pública, aunque sería sencillo introducirla como principio aplicativo en una reforma de la legislación de procedimiento común.

— *Doble enjuiciamiento*. La prohibición de enjuiciar dos o más veces unos mismos hechos es clara en el ámbito penal, pero el TC ha señalado que no rige en el Derecho administrativo sancionador (STC 2/2003)¹⁴.

Por su parte, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, se refiere en su artículo 5 a la concurrencia de sanciones, en una redacción que ha sido referente en la normativa autonómica general o sectorial:

“1. El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento.

2. El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios europeos. La suspensión se alzará cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme.

Si se hubiera impuesto sanción por los órganos comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción”.

Además, el artículo 7 del mismo Reglamento, aborda las vinculaciones con el orden jurisdiccional penal, previendo la comunicación con los tribunales a través de la Fiscalía¹⁵.

Es este punto de la vinculación de los hechos probados el puente más sólido y lógico entre las dos instancias, la judicial penal y la administrativa que, pese a la existencia de una sentencia absolutoria sí puede anudar, eventualmente, al relato fáctico dado por cierto en la sentencia, algún tipo de exigencia de responsabilidad.

14 “De modo –concluye T. Cano– que cabe un doble procedimiento administrativo por lo mismo. Se permite incluso un nuevo procedimiento administrativo cuando ya ha caducado otro anterior por los mismos hechos y la infracción no ha prescrito”.

15 “1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

Porque, justamente, el mayor problema es la falta de un espacio normativo, precedido de la debida especulación científica, donde se ensamble lo común y lo diferenciado de ilícitos penales e infracciones administrativas sin solución de continuidad ni saltos en el vacío. Sin *bis in idem*, en definitiva.

La raíz del problema muy posiblemente se encuentre en que, por razones históricas y de creación jurisprudencial, se ha tendido a equiparar la potestad sancionadora de la Administración con la reprensión de los ilícitos penales, facilitando así la concurrencia de normas y el concurso de castigos o modulándolos por razones cuantitativas más que cualitativas. Tal vez, como ha escrito Alejandro HUERGO, debiéramos partir de la necesaria disparidad entre lo administrativo y lo penal “y no, como se ha hecho con frecuencia, de su equiparación”¹⁶.

Pero, como venimos recordando, las barreras entre la corrección jurisdiccional y la administrativa de las conductas ilícitas, nunca han estado bien asentadas ni han marcado fronteras diáfanas. Tribunales penales y órganos gubernativos han tenido, desde antiguo, que incidir en la represión de conductas que, el legislador, no siempre ha confiado en exclusiva a unos o a otros, cuando no ha propiciado una confusa concurrencia, particularmente entre las *faltas* y las infracciones meramente administrativas. Baste hacer memoria de la clásica distinción, en el orden penal, de las faltas con o sin *infracción de reglamentos*¹⁷; administrativos, ciertamente.

Esta situación, perfectamente estudiada por la doctrina y nunca correctamente resuelta, dio lugar, desde antiguo, a tipificaciones paralelas en lo criminal –codificado– y en lo administrativo –disperso y contingente– y a más de una norma bienintencionada que trató, tan temporal como estérilmente, de solventar el conflicto. Fue el caso, por ejemplo, del Real Decreto de 18 de mayo de 1853, sobre el que tuve ocasión de escribir hace años, tras un olvido doctrinal casi absoluto¹⁸.

16 Alejandro Huergo Lora, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, pág. 135, donde añade: “no es que las sanciones administrativas sean como las penales y, pese a ello, la Administración pueda imponerlas siempre que cumpla, más o menos, las garantías del Derecho penal. La idea es, más bien, que la Administración, precisamente por serlo, no puede imponer sanciones penales ni equiparables a las penales, y por ello sus poderes sancionadores sólo pueden justificarse en la medida en que no se parezcan al Derecho penal sino que sean distintos de éste y que, en razón de su menor gravedad, no tengan que estar necesariamente reservados al juez. Esto significa, también, dar un fundamento sustancial a la potestad sancionadora penal: las sanciones penales no son las sanciones impuestas por un juez; son las sanciones que, por revestir unas determinadas características (en particular, de gravedad e intensidad), están rodeadas de una serie de garantías irrenunciables, entre las que destaca, justamente, la de que sólo un juez puede imponerlas...”

17 El paradigma era la falta de imprudencia simple.

18 En 1989, el artículo “Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas...”, *cit.*, págs. 261 y sigs. Cinco años más tarde, el profesor Alejandro Nieto realizaría un brillante análisis de dicha disposición en la primera edición de su *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 60 y sigs.

II. EL REFERENTE SANITARIO EN LAS RELACIONES ENTRE ILÍCITOS PENALES E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

1. Protección de la salud humana y relación con la sanidad animal

En el ámbito penal, los Códigos han aludido a la sanidad bajo la rúbrica de los *delitos contra la salud pública*, contemplados desde 1870 y, con anterioridad –1848-, desde las faltas por infracción reglamentaria, que, desde el Cuerpo legal de 1870 pasarán a denominarse “contra los intereses generales y el régimen de las poblaciones”; expresión venerable, pero que, confesadamente, interfería con las ordenanzas municipales, por lo que, en tiempos recientes, fue objeto de una amplia despenalización, mediante Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. El vigente Código Penal, aprobado en 1995, ha llegado a suprimir, incluso, el inciso “régimen de las poblaciones”.

En el campo administrativo, la primera legislación municipal, emanada de las Cortes de Cádiz, ya mostró, admirablemente, su preocupación por los ganados y su salud, extensible al consumo humano de alimentos y bebidas de esta procedencia. Más tarde, las normas sanitarias, generales o específicas, han contado con cuadros tipificadores de infracciones y sanciones gubernativas, destacando la reglamentación sobre epizootias, en la actualidad integradas por el añejo Decreto estatal, de 4 de febrero de 1955 y por las disposiciones emanadas de las Comunidades Autónomas, en legítimo ejercicio estatutario de las atribuciones sanitarias a las que se refiere el artículo 148.1.21ª de la Constitución española.

2. Primera codificación penal y sanidad humana y animal

La Constitución de 19 de marzo de 1812, en su artículo 258, había ordenado la promulgación, para toda la Monarquía, de unos Códigos únicos en lo civil, en lo mercantil y en lo criminal. El Código civil, tras varios intentos fallidos, no vio la luz hasta 1889, setenta años después que el Código de Comercio. El más madrugador fue, justamente, el Código Penal, de 9 de julio de 1822, promulgado en el segundo período de vigencia de la Constitución gaditana. Pero dicho texto mostraba aún poco interés por las cuestiones sanitarias, a salvo algún precepto aislado como el que proscribía y castigaba el intrusismo sanitario en la venta de fármacos.

El Código *moderado* de 19 de marzo de 1848 –no variado, al respecto, dos años más tarde-, al sistematizar técnicamente las faltas, incrimina a determinados infractores de normas sanitarias; reglamentos de policía, en suma, dictados por la Administración y a la que, en buena lógica, correspondería perseguir su inobservancia. Pero el Código de 1848, abriendo una vía que tardó casi siglo y medio en cerrarse, optó por sentar en el banquillo de los acusados, por falta grave, a “los que infringieren los re-

glamentos sanitarios sobre epidemias de animales, extirpación de langosta u otra plaga semejante”¹⁹.

El mismo texto de mitad del XIX, preveía la imposición de multas de ½ duro a 4 duros, por falta menos grave, a quienes cometieran infracción de las reglas de policía de posadas, fondas, cafés, tabernas y otros establecimientos públicos” (art. 482.8°). En esas conductas iba incluido el control del buen estado de bebidas y alimentos dispensados a la clientela. Justamente, en el mismo precepto, aparece otra previsión –subsistente hasta 1989– castigando, de la misma manera, a quienes arrojaran animales muertos “en sitios vedados o quebrantando las reglas de policía”.

El Código Penal de 17 de junio de 1870, creó la figura autónoma de los delitos contra la salud pública, en la que insertó la venta de “géneros corrompidos”, bebidas o comestibles cuya insalubridad o adulteración podía ocasionar condenas de prisión correccional en grado mínimo y multa de 125 a 1250 pesetas (art. 356). Como también se ha dicho, este Código configuró las faltas contra los intereses generales y el régimen de las poblaciones, entre las que se incluyeron las cometidas por dueños y encargados de fondas, confiterías, panaderías y demás locales “que expendieren o sirvieran bebidas o comestibles adulterados o alterados”, a los que se impondría pena de 5 a 15 días de arresto y multa de 25 a 75 pesetas (art. 595.2). También, similarmente a lo ya previsto desde 1848, se condenaba a multa de 5 a 25 pesetas más reprensión, a quienes infringieran “los reglamentos, ordenanzas y bandos sobre epidemias de animales, extinción de langosta u otra plaga semejante” (art. 596). La referencia a ordenanzas y bandos disipa cualquier duda sobre el origen municipal de la norma y el mecanismo punitivo: la disposición local ordena una determinada obligación, de hacer, no hacer o soportar y, posteriormente, el Código Penal castiga a los infractores de esa disposición simplemente administrativa y, ordinariamente, emanada de un Ayuntamiento. De la misma manera, el mismo precepto incriminaba a los que arrojaran animales muertos en lugares indebidos.

3. Sanidad y leyes de régimen local

En el mismo año de 1870, la Ley Municipal, de 20 de agosto, declaró competencia exclusiva de los Ayuntamientos dos atribuciones que, con los años, devendrían obligaciones mínimas, de inequívoca incidencia en el campo de la sanidad animal y de la profesión veterinaria: el matadero y los mercados (art. 67).

Pero la organización y supervisión de mercados y la calidad de los alimentos de toda clase, despachados en ellos u otros locales comerciales, ya aparecía en la Instrucción para el Gobierno económico-político de las provincias, que las Cortes de Cádiz decretaron el 23 de junio de 1813 (art. 1). Norma que, igualmente, realizaba previ-

siones en torno a las epidemias de todo orden, creando al efecto Juntas de Sanidad presididas por el Alcalde, donde no faltaba el cura párroco junto a los facultativos locales (art. III). La misma disposición, en una España rural y pastoril, mostraba una encomiable preocupación por los semovientes, al ordenar a los Ayuntamientos que procuraran “abundancia de buenas aguas, tanto para las personas como para los animales” (art. IV) y reiterar, en claro precedente de la actual competencia de control de alimentos y bebidas, el deber municipal de garantizar al vecindario “comestibles de buena calidad” (art. V).

Diez años más tarde, bajo los mismos aires liberales, en lo que también había visto la luz el primer Código Penal, la Ley municipal de 3 de febrero de 1823, reiteró las atribuciones concejiles frente a las epidemias (art. 10), la constitución de Juntas de Sanidad (art. 11) y el deber de velar por la existencia en el término municipal de comestibles de buena calidad (art. 15).

Con respecto al concepto de facultativos –aún presente, como agravante, en el actual Código Penal de 1995-, será la Ley local de 14 de julio de 1840, expedida el 30 de diciembre de 1843, la que, en su artículo 61.1, lo venga a definir indirectamente, al declarar privativo de los ayuntamientos el “admitir bajo las condiciones previstas en las leyes o reglamentos, los facultativos de medicina, cirugía, farmacia y veterinaria, los maestros de primeras letras...”

4. Regulación actual: Código punitivo, ley procedimental para las sanciones y ley básica sectorial

Las leyes locales del siglo XX afianzaron determinadas obligaciones municipales en el campo que nos ocupa –abastos, mataderos, mercados protección de la salubridad pública²⁰-, incluida la preceptiva y tradicional del control de alimentos y bebidas²¹ en todos los municipios. Los mercados son hoy en día obligatorios en municipios de más de cinco mil habitantes y los mataderos lo fueron, en dichos municipios, hasta el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, que, sin embargo, no eliminó del artículo 86.3 de la LBRL la condición de servicios esenciales, incluso monopolizables, de dichas instalaciones.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declara en su artículo 8.2, que,

“asimismo, se considera actividad básica del sistema sanitario la que pueda incidir sobre el ámbito propio de la veterinaria de salud pública en relación con el control

²⁰ Actualmente, en el artículo 25 de la LBRL 7/1985, de 2 de abril.

²¹ Que subsiste en el artículo 26.2.a LBRL.

de higiene, la tecnología y la investigación alimentarias²², así como la prevención y lucha contra la zoonosis y las técnicas necesarias para la evitación de riesgos en el hombre debidos a la vida animal o a sus enfermedades”.

Su artículo 42.3 –tras referirse al control sanitario de actividades industriales, otorga a los Ayuntamientos la supervisión sanitaria “de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte”. Dicha Ley sanitaria, aunque siempre es citada como precedente, en el tema de concurrencia de sanciones, del actual artículo 133 LRJyPAC, contiene una regulación general, poco matizada por tanto, de las infracciones y sanciones. Así, su artículo 32.1, establece que:

“Las infracciones en materia de sanidad serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir”.

A poco que se escrute la redacción, puede observarse que ese manido “sin perjuicio” puede interpretarse como que una conducta que inicialmente se reputaba mera infracción administrativa puede llegar a ser ilícito penal; pero también cabría inferir que se puede sancionar en vía administrativa sin menoscabo de la reprensión criminal.

De ahí que, para evitar cualquier tentación de enjuiciamientos paralelos que abocarían a un *bis in idem*, el número 2 del artículo precise que,

“En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme”.

Y sólo “de no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los Tribunales hayan considerado probados”. También este artículo 32 de la Ley General de Sanidad realiza una previsión acerca de las medidas cautelares administrativas que hubieran sido previamente adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas, que “se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas”.

El artículo 33, por su parte, afirma la prohibición de la duplicidad sancionadora pero con expresa referencia al interés –o bien– jurídicamente protegido. Recuérdese que el artículo 133 LRJyPAC concreta la triple identidad en sujetos, hechos y funda-

²² El campo de la salud, los alimentos y las sanciones ha sido objeto de una monografía, auténtica obra de referencia, de Manuel Rebollo Puig: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, M.A.P., 1989.

mentos. La norma básica sanitaria da a entender que sí cabría –y no sólo en el aspecto disciplinario de las relaciones de especial sujeción– un segundo castigo si se aprecian intereses protegidos diversos en el concurso tipificador:

“En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”

Volviendo por un momento a la regulación criminal del siglo XX, concretamente al Código Penal de 14 de septiembre de 1973, vigente a la promulgación de la Ley General de Sanidad, éste describía como delito de daños la conducta de quien produjere “por cualquier medio, infección o contagio de ganado”²³. En los delitos contra la salud pública, la Ley orgánica 1/1988, de 24 de marzo, añadió el viejo agravante de ser facultativo²⁴. Un año más tarde, como ya se ha dicho, se destipificaron algunas faltas contra el régimen de las poblaciones, por entender que correspondía su tipificación, persecución y sanción a los Ayuntamientos.

El vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, regula en sus artículos 363 y siguientes, los delitos contra la salud pública; las conductas, en suma, que se entiende que, por su gravedad, han de ser reprimidas por los tribunales y no por las Administraciones. Aquí aparecen “los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores (...) ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición, fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud [o] traficando con géneros corrompidos...” Como puede observarse, sigue habiendo una remisión a la infracción de reglamentos administrativos –no sólo de leyes– y, en cuanto a la venta de bebidas o comestibles, volvemos a toparnos con la casi bicentenaria competencia municipal –mínima y obligatoria– del control de alimentos y bebidas²⁵, ratificada por la Ley General de Sanidad en 1986.

Ha de recordarse que los principios y el procedimiento sancionador regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en sus artículos 127 a 138, no son de aplicación al ejercicio de la potestad disciplinaria en relaciones de sujeción especial como la función pública (personal sanitario de una Administración) o la contratación (facultativo que celebra un contrato con la Administración), según el artículo 127.3 de la propia Ley 30/1992.

²³ Imponiéndole la pena de prisión menor siempre que el daño superara las 250.000 pesetas (art. 558.2º).

²⁴ Entendiendo por tales, entre otros, no sólo a médicos y farmacéuticos, sino también a los veterinarios (arts. 344.bis.a.7º y 344 bis c)

²⁵ Art. 26.1.a) *in fine*, LBRL.

La jurisdicción penal es preferente o prioritaria sobre la potestad sancionadora de las Administraciones, como bien ha precisado la STC 77/1983, de 3 de octubre, que también afirma la prohibición de actuaciones administrativas mientras no se pronuncien los tribunales de lo criminal, así como el respeto a la “cosa juzgada”, de modo que si hay sanción penal no cabe que la Administración castigue con posterioridad al infractor por los mismos hechos (con la referida reserva en el tema de los bienes jurídicos protegidos en materia disciplinaria), en virtud del principio *non bis in idem*, pero si termina por no condenarse al encartado, puede proseguir el expediente administrativo, aunque respetando los hechos probados en vía penal; algo que afirma el art. 137.2 de la Ley 30/1992. La prioridad penal y la suspensión de actuaciones administrativas en cuanto se tiene conocimiento de una actuación criminal, se recoge, detalladamente, en la actualidad, en el ya citado artículo 7 del Reglamento estatal para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

III. UNA DESTIPIFICACIÓN QUE CREA INSEGURIDAD: LA INHUMACIÓN ILEGAL

Es pacífico en la doctrina que la despenalización de una conducta no obliga a las Administraciones a acogerla en sus catálogos de infracciones. Dependerá, obviamente, de las razones que llevaron a la destipificación criminal. En algunos casos, los hábitos sociales cambiantes hacen que, lo que se entendía reprimible deje de serlo, en cuyo caso el comportamiento antes penado no debe verse sometido a restricciones gubernativas (aunque, por cierto, no siempre se deja claro a las Administraciones que no deben intervenir en esa esfera de libertad). En otros casos el legislador penal no entiende suficientemente grave una conducta como para mantenerla en el Código pero espera –o remite genéricamente a ellos– que reglamentos y ordenanzas castiguen, como infracción administrativa lo que antes era ilícito penal.

Hace ya dos décadas critiqué la ligereza con la que la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, al despenalizar algunas figuras de faltas contra el régimen de las poblaciones, había previsto que “tales comportamientos u otros de análoga entidad sean sancionados mediante ordenanzas o bandos” por ser ello “perfectamente ajustable a las garantías constitucionales (...) y a las competencias de las autoridades administrativas, desde la Administración central a los entes locales”²⁶. Aun cuando mis reparos, sobre los que ahora volveré, no fueron compartidos por la autorizada opinión del profesor Nieto²⁷, me reafirmo en que determinadas conductas –no cualquier infracción de policía de la urbanidad, naturalmente– por su gravedad intrínseca, por su conveniencia de un similar tratamiento en todo el territorio del Estado y por la me-

26 L. Tolivar Alas: “Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas contra el régimen de las poblaciones”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* n° 242, 1989, págs. 257-282.

27 Véase la 2ª edición del *Derecho Administrativo Sancionador cit.*, 1994, págs. 85 y 125.

nor exigencia garantista de las sanciones gubernativas (STC 2/2003), no pueden ser lanzadas a la rebatifa de las distintas Administraciones para que unas las tipifiquen de una manera, otras las corrijan con diverso rigor y las más vengan en mantenerlas impunes. No se trata de mantener una postura de uniformidad jurídica “en una época de exacerbado descentralismo y de repudio global al Estado unitario”, como señala el propio Nieto, sino de diferenciar los motivos y las consecuencias de cada despenalización.

Recientemente, he vuelto a analizar la cuestión a partir de un error histórico y conceptual del legislador o, para ser más exactos, de quienes, desde ópticas penalistas, redactaron los textos que acabarían siendo aprobados por el Parlamento en forma de Cuerpo punitivo. Nada nuevo, por cierto, que en los anteproyectos, sobre todo los que proceden de encargos a juristas de un determinado campo, se orille a las disciplinas fronterizas. Es un mal viciado de reciprocidad que se traduce en la falta de calidad de los productos normativos y en la incoherencia –cuando no en las claras contradicciones– del ordenamiento jurídico-positivo.

Como es sabido, el Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, eliminó la figura del delito de inhumación ilegal que la doctrina penal entendía integrado, la mayoría de las veces, en el de homicidio. Pero la figura no nació vinculada a delitos contra la vida sino, simplemente a los enterramientos practicados sin la pertinente licencia a expedir por el Registro Civil. Se pretendía impedir con la incriminación de esta conducta los enterramientos opacos para el poder civil, tan propios de la resistencia a la secularización de inscripciones y a la municipalización de las necrópolis²⁸.

Lo cierto es que, desde esta despenalización de 1995, tan radical como simplista, ya no cabe imputar penalmente a quien no da cuenta de la muerte de una persona y mantiene el cadáver en su casa, o, como se buscó impedir en la Ley de Registro Civil de 20 de agosto de 1870²⁹, a quien, en una orden de religiosas, entierre a una monja en el huerto del convento sin conocimiento de la autoridad civil. Esta destipificación³⁰, ante el actual silencio *tipificador* de la legislación registral y de la normativa sanitaria

28 L. Tolivar Alas, *Ayuntamientos, Registro civil y municipalismo funerario*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 93-114.

29 Su artículo 75 estableció que “ningún cadáver podrá ser enterrado sin que antes se haya hecho el asiento de defunción en el libro correspondiente del Registro civil del distrito municipal en que ésta ocurrió o del en que se halle el cadáver, sin que el juez del mismo distrito municipal extienda licencia de sepultura y sin que hayan transcurrido veinticuatro horas desde la consignada en la certificación facultativa. Esta licencia se extenderá en papel común y sin retribución alguna. El encargado del cementerio en que se hubiere dado sepultura a un cadáver sin la licencia mencionada y los que la hubieren dispuesto o autorizado, incurrirán en una multa de 20 a 100 pesetas, que hará efectiva el juez municipal correspondiente”.

30 La inhumación ilegal seguía reputándose delito, castigable con penas de arresto mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, en el artículo 339 del Código Penal cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

estatal³¹, produce una situación de escasa seguridad jurídica, no pareciendo las ordenanzas municipales³² instrumento suficiente para sancionar esta conducta, proscrita por el artículo 83 de la vigente Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957, pero sin correlato punitivo. Con la salvedad que ahora comentaremos, ni siquiera las Comunidades Autónomas, en sus más recientes reglamentaciones de policía mortuoria, vienen reparando en este vacío legal³³, remitiendo tipos y sanciones a los elencos de la legislación sanitaria o matizando algunas conductas y su castigo, pero sin contemplar la inhumación ilegal. Una excepción importante, la constituye, el artículo 58.3 del Decreto valenciano 39/2005, de 25 de febrero, en el que se incluye, entre las infracciones muy graves,

“El enterramiento de cadáveres, restos cadavéricos, criaturas abortivas o miembros procedentes de amputaciones en lugar no autorizado”.

Este precepto, que parece más bien dirigido al sector funerario (empresas, responsables de cementerios, ámbito hospitalario, etc.) que a los particulares que inhuman contra reglamento un cadáver, lo que reprueba es lo indebido del lugar de enterramiento. No habla, en ningún caso, de la ausencia de licencia de sepultura extendida tras la inscripción de defunción. En algún caso, quien entierre un cadáver fuera de un cementerio, lo hará porque carece de papeles. Ejemplo típico de quien fallece en situación de inmigrante ilegal y sus próximos, en situación similar, no desean que el fallecimiento se conozca para evitar trámites judiciales o policiales que les puedan llevar a la frontera. O también, el mito de quien, poseyendo ya documentación, la transmite *mortis causa* a un compatriota que le suplanta, siendo indispensable hacer desaparecer el cadáver. Por no hablar del engorroso y añejo tema de los fetos arrojados a cualquier lugar. O, en fin, de la psicopatología de mantener los cadáveres en casa. Pero también puede darse el caso de un enterramiento en cementerio regular,

31 Por respeto a las competencias sobre sanidad interior de las Comunidades Autónomas, el artículo 35 de la Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad, ofrece una tipificación de infracciones sanitarias muy poco detallada, con remisiones a la calificación de la normativa especial aplicable. Difícilmente, sin más, podría sancionarse una inhumación ilegal de cadáveres con base en este precepto, máxime existiendo una prohibición legal de aplicación analógica (art. 129.4 LRJyPAC). Por su parte, el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, de 20 de julio de 1974, aunque establece mandatos y prohibiciones, no contiene referencia alguna a infracciones y sanciones por su inobservancia, en la misma línea de su precedente de 22 de diciembre de 1960.

32 Recuérdese que, la vigente Ley General de Sanidad, en su artículo 42.3.e) atribuye a los Ayuntamientos, como responsabilidad mínima y “*sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas*”, el “*control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria*”. Evidentemente, las Ordenanzas municipales que se aprueben al respecto, deberán moverse en el marco de la normativa sanitaria que, en cada caso, corresponda al Estado o a la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el ente local.

33 El Decreto 202/2004, de 19 de octubre, aprobatorio del Reglamento de Sanidad Mortuoria del País Vasco, declara la competencia del Departamento de Sanidad para la inspección de empresas, instalaciones o servicios funerarios que, al igual que el régimen sancionador, se ajustará a la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi. En sentido similar se habían expresado con anterioridad los artículos 47 y 48 del Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, del Principado de Asturias. No parece que pueda subsumirse en el control de las condiciones sanitarias ofertadas o practicadas por las empresas o responsables del sector, una inhumación sin licencia de enterramiento previa.

público o privado, en el que el encargado no ha exigido la licencia preceptiva del Juez del Registro Civil. En ese caso, el lugar es el autorizado. Lo que carece de autorización es el enterramiento.

Con todo, cabe preguntarse si el Estado declina entender como básica la tipificación de una conducta contraria a un mandato de una Ley inequívocamente estatal³⁴, como es el contenido en el artículo 83 de la vigente Ley del Registro Civil, que afecta de forma general a todas las personas que fallecen en España –y todas las personas hemos de fallecer-; si el Estado entiende que unas Comunidades pueden reprimir la inhumación ilegal y otras no hacerlo; si, en fin, el legislador estatal cree que la discutida tipificación por ordenanza municipal de infracciones y sanciones³⁵ sirve para este caso. Particularmente, entendemos que hay motivos más que sobrados para dar un mínimo tratamiento igualitario a esta cuestión en todo el territorio español y que, aún de entender que las competencias sanitarias autonómicas pueden cubrir esta laguna derivada de la destipificación penal, la mera reglamentación, prácticamente independiente³⁶, no es la técnica más garantista.

IV. CONCURRENCIA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL Y DE LAS DIVERSAS ADMINISTRACIONES

A título de “aproximación fenomenológica”, el profesor Nieto ha sintetizado que, en primer término, en nuestro ordenamiento “existen dos clases de normas diferentes: unas se autocalifican de penales (Código Penal y leyes penales especiales) y otras de administrativas”. En segundo lugar, para el mismo autor, en las penales “se describen y castigan unos ilícitos que se denominan delitos o faltas” y en las otras “se describen y castigan otros ilícitos que se denominan infracciones administrativas”. Pero luego precisa que “sin perjuicio (...) de que las normas penales se remitan ocasionalmente a las administrativas, de la misma forma que las leyes administrativas se remiten a los delitos y faltas”. Por último, el castigo de cada uno de estos grupos de ilícitos queda encomendado “a órganos diferentes: los delitos y faltas, a los Jueces y Tribunales penales; las infracciones administrativas a los órganos administrativos, cuyas decisiones son luego revisables por órganos judiciales no penales” sino contencioso-administrativos. Aunque, “excepcionalmente puede encomendarse a los jueces el castigo de las infracciones administrativas, pero jamás a los órganos administrativos el castigo de los delitos”³⁷. Pero tan esclarecedora síntesis no siempre se ha correspondido con el actuar de legisladores y reglamentadores. Porque el

34 El título “ordenación de los registros e instrumentos públicos” es una de las competencias exclusivas del Estado (art. 149.1.8º de la CE).

35 Actualmente, artículos 139 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, introducidos por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

36 No resulta fácil subsumir la inhumación ilegal en los tipos genéricos de infracciones sanitarias, previstos en la legislación sanitaria estatal o autonómica, amén de la prohibición de la analogía en materia sancionadora.

37 A. Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit. pág. 162.

viejo problema, aquí aludido, de conductas susceptibles de ser calificadas como faltas penales –incluso delitos– e infracciones administrativas a un mismo tiempo, sigue estando presente. Hay delitos –la salud pública es sólo un campo, aunque destacado– similarmente tipificados en la normativa administrativa. Y con las faltas, ocurre lo mismo, acentuado, ahora, con la concurrencia competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y sin olvidar el papel que al respecto pueden jugar las ordenanzas municipales en los términos de la STC 132/2001, de 8 de junio³⁸.

Como ha señalado acertadamente T. CANO, entre las diferencias entre las sanciones administrativas y las derivadas de una conducta criminal está el que “el Derecho penal posibilita las más duras de las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, pues sólo en este ámbito puede privarse –directa o subsidiariamente– de libertad a un ciudadano (art. 25.3 CE). La pena, además, comporta un mayor reproche social que la sanción administrativa y unas consecuencias más graves desde el punto de vista de los antecedentes”³⁹. Pero aún cabría hacer dos precisiones: la primera que la Constitución sólo proscribe las penas privativas de libertad a la Administración *civil* y la segunda que, en conductas cuyo castigo sólo comporta multa no es en absoluto infrecuente encontrar –en parte por la deslegalización de muchos preceptos sobre cuantías– sanciones administrativas mucho más elevadas en su cuantía económica que las cifras supuestamente intimidatorias del Código punitivo.

V. NO DUPLICIDAD SANCIONADORA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Son numerosas las decisiones jurisdiccionales que vinculas el *non bis in idem* a reglas de proporcionalidad. Así, en el FJ 3 de la STC 177/1999, de 11 de octubre, podemos leer:

“La exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el art. 25.1 CE obedece entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito. Ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición *desproporcionada* de la conducta ilícita. 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”.

Y aún más modernamente, el FJ 3 de la STC 2/2003, de 16 de enero, remarcará que, la finalidad del principio es:

³⁸ Y artículos 139 a 141 LBRL, introducidos por Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

³⁹ Op. loc. cit.

“evitar una reacción punitiva *desproporcionada*, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”.

Principio que, como de inmediato veremos, no informa plenamente las situaciones que puedan concurrir en el campo de las relaciones de especial sujeción.

VI. LA RELAJACIÓN DEL PRINCIPIO EN MATERIA DISCIPLINARIA

Ya hemos señalado anteriormente que las relaciones de supremacía especial que la Administración despliega sobre los ciudadanos que voluntariamente (funcionarios, concesionarios...) o de modo forzoso (presos, internados en unidades de Psiquiatría⁴⁰...) se vinculan de forma estrecha al engranaje administrativo, generan un sometimiento a una potestad disciplinaria que tiende a preservar los valores e intereses que la propia entidad pública defiende como propios a título general o como consustanciales a la actuación ejemplar de sus empleados (paradigma de los funcionarios militares o policiales).

Como recuerda Martín Rebollo, “la doctrina del TC sobre el principio *non bis in idem* se ha relajado un tanto en el ámbito disciplinario, donde a veces se ha adoptado la óptica de las llamadas relaciones de sujeción, que han permitido la acumulación de sanciones”⁴¹. Dicho autor señala, al respecto, tres posibilidades: delito propio de los funcionarios que coexiste con una infracción disciplinaria; delito común del sujeto especial e infracción del código de servicio y, en fin, conducta que puede ser encasillada y sancionada bajo dos tipos disciplinarios. En puridad, sólo cabría entender que la invocación del principio *ne bis in idem* no es atendible en el segundo caso, “si el interés de la Administración no ha sido atendido por la condena penal [en cuyo caso] será admisible la sanción disciplinaria”⁴². Obsérvese que, justamente, entre los principios de la potestad disciplinaria que enumera el artículo 94.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, no aparece el *non bis in idem*; que algunas de las conductas reputadas como faltas muy graves pue-

40 O, quienes prestaban el servicio militar obligatorio antes de la suspensión del mismo el 31 de diciembre de 2002.

41 Luis Martín Rebollo, *Leyes Administrativas*, 15ª edición, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, págs. 515 y sig, en glosa al artículo 133 LRJyPAC.

42 *Ibidem*. La doble sanción por tipificación plural, en la norma disciplinaria, del mismo hecho parece claramente inconstitucional y en el primer supuesto (delito típico funcional y preservación disciplinaria de la actuación legal y honorable de su personal), aunque la condena penal “debería absorber” a la eventual sanción administrativa, “esta consunción no siempre será posible teniendo en cuenta que la sanción disciplinaria prevista puede ser la separación del servicio y dicha sanción puede superar las sanciones penales con trascendencia profesional” (pág. 516). Una vez más observamos cómo se derrumba el mito de que la represión penal es siempre más gravosa que la administrativa.

den ser, también, delitos⁴³ y que el propio Estatuto le indica al legislador, estatal o autonómico, que al precisar las faltas graves, tenga en cuenta “el descrédito para la imagen pública de la Administración”. Desde esa misma filosofía, una norma infralegal y previa, como es el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado⁴⁴, tipificará como falta grave, admitiendo nítidamente la duplicidad de castigos, “las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados”. La relación con el servicio es expresión a interpretar por la jurisprudencia en sentido muy amplio, ya que, como veremos, se imponen sanciones disciplinarias a quienes cometen ilícitos terminada su jornada laboral, en aras de la irreprochabilidad ante la sociedad de los servidores públicos.

La STC 180/2004, de 2 de noviembre⁴⁵, en su FJ 6, no puede ser más contundente al respecto:

“La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio *ne bis in idem*”.

El supuesto enjuiciado por dicha STC 180/2004, revestía en efecto, una manifiesta gravedad en cuanto a la imagen del servicio, ya que quien esgrimía haber sido sancionado indebidamente en dos órdenes era un agente de la Benemérita que,

“...tras haber abandonado el servicio de armas que prestaba en su calidad de guardia civil, condujo un automóvil a velocidad elevada y superior a la adecuada, atendidas las circunstancias de la vía, y con sus facultades notoriamente mermadas a causa de una abundante ingesta de bebidas alcohólicas en las horas inmediatamente precedentes, colisionando con un ciclomotor, cuyo conductor sufrió graves lesiones; para seguidamente, lejos de detenerse y consciente del accidente que había provocado, darse a la fuga...”⁴⁶.

43 La falta de respeto a la Constitución, el abandono de servicio, el acoso laboral o sexual, la desobediencia, la adopción de decisiones manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración, el prevalerse de la condición funcional para obtener beneficios, etc. (art. 95.2 EBEP), pueden encajar plenamente en las figuras penales de los delitos de los funcionarios contra la Constitución (arts. 529 y sigs. del Código Penal de 23 de noviembre de 1995), del abandono de servicios esenciales (art. 409 CP), del *mobbing* (que la doctrina incluye en los arts. 173 y 177 CP), del acoso sexual (art. 184.1 y 2 CP), de la desobediencia a las órdenes de los superiores (art. 411 CP), de la prevaricación (arts. 404 y sigs. CP), del cohecho impropio (art. 425 CP) o el tráfico de influencias (art. 428 CP). También la publicación o utilización indebida de documentos o información confiada al funcionario, de tener la consideración de reservada o secreta es, además de una falta disciplinaria, un delito penado por los artículos 413 y sig. CP.

44 Aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero (art. 7.1.c). Este Reglamento es supletorio para los demás funcionarios de las distintas Administraciones (art. 3).

45 Ponente Sr. Pérez Tremps.

46 FJ 5.

El TC recuerda que es tarea propia de la Guardia Civil, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delinquentes para ponerlos a disposición judicial y que, como ya señaló a propósito de la policía gubernativa en la sentencia 234/1991, de 10 de diciembre,

“...la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquéllos que lo desempeñan no incurran en conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros...”.

En el caso referenciado, se había producido la imposición de una primera sanción por apreciarse la comisión de la falta leve tipificada en el artículo 7.22 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil consistente en “realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución”, con lo que la Ley, como observa el Tribunal, ya pone de manifiesto el bien jurídico protegido: la dignidad de la Institución, que se sustenta en la conducta de sus miembros, “identificado con la estimación, el buen nombre o reputación, que no son patrimonio exclusivo de las personas físicas (STC 139/1995, de 26 de septiembre, F. 5)”.

Pero tras esa falta y la ulterior condena penal, se produce un tercer reproche, en sede disciplinaria, al haber incurrido el agente infractor en la falta muy grave prevista en el artículo 9.10 de dicha Ley Orgánica, consistente en “haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad”. Precepto que la STC 180/2004 entiende que no hace explícito el interés jurídico tutelado que, a su juicio no es otro que

“...el interés legítimo de la Administración en su conjunto de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste”.

De ahí que, a la vista de lo razonado, la irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales sea un interés legítimo de la Administración diferenciado de la dignidad individual predicable de cada miembro de los cuerpos de seguridad y no el mismo bien jurídico protegido, como aducía el recurrente sancionado. Así, el TC concluirá que “las sanciones analizadas resultan compatibles con el principio *ne bis in*

idem y por tanto su imposición no ha lesionado el derecho fundamental del recurrente a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento”.

En una línea muy similar se mueve, con abundante apoyo en la jurisprudencia constitucional y de la propia Sala Tercera, la STS de 27 de febrero de 2009⁴⁷, en la que se hace la siguiente disección de intereses a proteger:

“...es obvio que esa conducta del actor, aunque en el momento de producirse no estaba de servicio, causó una gran alarma social respecto a la seguridad ciudadana, como es [el caso del] tráfico de drogas. En primer lugar, se ha de señalar que la intencionalidad es clara dado la propia naturaleza del tipo del injusto en este delito. En segundo lugar, significar que nada puede vulnerar más la seguridad del ciudadano que la noticia de que aquellos a quienes se les tiene confiada la protección de sus bienes y persona traicionen esa misión con una conducta como la descrita. A ello se ha de añadir que el grave daño al prestigio de la Corporación Policial causado por esos hechos es flagrante, y la perturbación en el principio de disciplina que ha de presidir un Cuerpo como el de la Policía, y elemento imprescindible para lograr la eficacia en la prestación de un servicio tan sensible como el de la seguridad, manifiesta.

Sostiene el recurrente en casación, que al tratarse de los mismos hechos, el interés jurídicamente protegido es el mismo. Sin embargo (...)una cosa es la relevancia penal que una conducta pueda tener, incluso susceptible de ser calificada de falta, como pudiera ser un hurto o una lesión leve, y otra, la que tiene, dentro o con ocasión de la relación funcional, pues en este caso además rompe la confianza y lealtad que exige dicha relación (...). En el presente caso la sentencia valora acertadamente la trascendencia pública de los hechos que declara probados y la gravedad que supone que, quienes por ley han de luchar contra determinados delitos, los cometan, como ocurre con el tráfico de drogas, aun cuando al realizar los hechos no se hallare de servicio el recurrente”.

La concreción del interés de la Administración también la hallamos en la STS de 19 de noviembre de 2008⁴⁸, en los siguientes términos, directamente traídos de la STC 180/2004:

“...el interés legítimo de la Administración en su conjunto es servir con objetividad los intereses generales (...). Y de ello se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración, y no puede ser objeto de la disciplina de ésta, salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste. [Por ello] la irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administra-

ción, y al sancionarse disciplinariamente a los que hayan sido objeto de condena penal no se infringe el principio *non bis in idem*”.

Diversamente, la STS de 16 de diciembre de 2008⁴⁹, en la línea resaltada por Martín Rebollo, entiende que,

“...cuando nos encontramos ante una condena penal que castiga delitos propios que sólo puede cometer un funcionario, es evidente que el castigo de esos hechos, ya ha sido valorado por el legislador con la previsión de la pena correspondiente, y esta Sala viene considerando que en estos casos sí se produce la violación de este principio sancionador, recogido en el artículo 25 de nuestra Constitución, de la que es ejemplo reciente la sentencia de 4 de julio de 2005⁵⁰ de esta Sección, que sostiene que cuando se trata de delitos propios es decir, delitos que sólo admiten como sujeto activo a un funcionario público, esa constatación lleva a concluir que en este caso, en efecto, al sancionársele también en vía administrativa se ha producido una impropcedente doble sanción, una infracción del principio *non bis in idem*”.

Pero la duplicidad sancionadora no sólo la encontramos en las relaciones de sujeción especial. La doctrina del interés legítimo diferenciado, aunque sea del mismo sujeto público –El Estado– se aplica en las SSTC 236/2007, de 7 de diciembre⁵¹ y 262/2007, de 20 de diciembre⁵², a propósito de la concurrencia de sanción y expulsión de ciudadanos extranjeros⁵³. El FJ 14 de la STC 236/2007 dirá que

“...Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado” (F. 2)” (STC 188/2005, de 4 de julio, F. 5). En el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, F. 6). Es

49 RJ 701/2009.

50 RJ 5201/2005.

51 Ponente Sra. Casas Baamonde. La impugnación proviene de las instituciones forales navarras.

52 Ponente Sr. Pérez Tremps. La impugnación proviene de la Comunidad de Castilla La Mancha.

53 Se impugnaba el punto 50 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre que da nueva redacción a los apartados 2 y 8 del art. 57 (antes 53) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El apartado 2 del art. 57 dispone: “Asimismo constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”. Por su parte, el apartado 8 del art. 57 establece que: “Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad”.

decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado...”.

Por muy diversa razón –distinguir lo que, pese a ser un acto de gravamen no es una sanción, el Tribunal Supremo, en este caso, negará la existencia de *bis in idem* en la suma de una condena por un delito contra la Hacienda Pública y el reintegro forzoso de una subvención. Siguiendo una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. La STS de 10 de marzo de 2009⁵⁴, reiterando lo expuesto en la de 24 de julio de 2007, aclarará que,

“...el reintegro de una subvención por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario, no puede considerarse sino como una condición resolutoria del acto administrativo de otorgamiento, y en este aspecto la sentencia de instancia razona adecuadamente, una consecuencia propia del funcionamiento de la relación jurídico administrativa en que la subvención consiste, y con el carácter de una donación modal con un carácter finalístico, lógicamente, el incumplimiento de las condiciones impuestas determina la necesidad de su devolución; pero de ninguna forma puede sostenerse que la devolución de la subvención concedida por el incumplimiento de esa carga, –de las condiciones impuestas y aceptadas-, pueda considerar inserta en el ámbito del derecho sancionador (...) Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 15 de noviembre de 2006⁵⁵, ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJyPAC (...) Cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas al concederse u otorgarse, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido”.

La sentencia, obviamente, no plantea que la Administración, conforme a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones no sólo puede exigir el reintegro (artículos 37 a 40), sino que dispone de un amplio repertorio de infracciones y sanciones, tipificadas en los artículos 52 a 69 de dicha Ley. Pero no se cuestionaba el interesante supuesto de una hipotética duplicidad entre una sanción administrativa en esta materia y el delito por similares causas⁵⁶.

54 RJ Aranzadi 1591/2009.

55 RJ 7148/2006.

56 Véase el artículo 308 del Código Penal.

VII. UNA CONSTRUCCIÓN GARANTISTA, PERO INCONCLUSA

En el plano dogmático, puede sostenerse que la irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones públicas tan sensibles como las policiales sea un interés legítimo de la Administración, derivado del principio constitucional del servicio de ésta a los intereses generales y diferenciado de la dignidad individual, predicable de cada miembro de los cuerpos de seguridad y no el mismo bien jurídico protegido. Si además se nos añade que aún puede, tras la conducta delictiva de un policía o guardia civil, aparecer un tercer interés en juego, consistente en la dignidad del instituto armado, que se sustenta en la conducta de sus miembros y se identifica con la estima, buen nombre o reputación, “que no son patrimonio exclusivo de las personas físicas”, la argumentación parece debilitarse relegando a la nada la prohibición, inferida de la Constitución según su supremo intérprete, del *bis in idem*. La exégesis jurisprudencial, cada vez más rica en citas de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷, podrá ser brillante y hasta convincente, como ocurriera con los supuestos tejedores del Cuento XXXII de don Juan Manuel, a los que, salvo un palafrenero, nadie se atrevió a negar su ciencia. Pero la prohibición de duplicidad sancionadora, con tal argumentación, puede quedarse en nada, en la desnudez absoluta.

Falta de ropaje jurídico que también se echa en falta en la eterna carencia de encaje o de sutura entre los extremos fronterizos del Derecho Penal y el Administrativo. Recuérdesse que, nunca hubo coincidencia plena, por ejemplo, entre el concepto de funcionario del Código punitivo y el dado por las normas administrativas. Hora es, después de dos siglos, de que especialistas de una y otra margen, por encargo de gobernantes o legisladores, se pongan de acuerdo para trabajar en común y esclarecernos lo que tienen en común y lo que diferencia sustancialmente a los ilícitos penales y a esas sanciones administrativas a las que el constituyente dio entrada en los artículos 25 y 45 de la norma fundamental. En un Estado compuesto, con competencias compartidas y concurrentes de las distintas Administraciones en tantos sectores,

57 En el FJ 3 de la STC 2/2003, puede leerse: “...de otra parte, también el art. 4 del Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH), aunque no ha sido ratificado por España —pero sí firmado—, reconoce este derecho con un contenido similar. Lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico-constitucional común en nuestro entorno. Este artículo establece: “1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada”. A los efectos de la aplicación de las garantías del proceso justo (art. 6.1 CEDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (por todas, STEDH de 21 de febrero de 1984, caso *Öztürk c. República Federal de Alemania*); y a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 CEDH equipara la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos (SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*; de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*; de 30 de mayo de 2002, caso *W. F. c. Austria*; de 6 de junio de 2002, caso *Sallen c. Austria*).”

no parece muy edificante que, cuando en aras, a la postre, de ese tópico principio de intervención penal mínima, el legislador de lo criminal destipifica una conducta, hasta ese momento merecedora del máximo reproche legal, lo que pase luego en cada Comunidad o en cada pueblo con quienes incurran en dicho comportamiento, sea una completa incógnita a expensas de su diversa configuración como infracción o su plena impunidad en cada lugar.

En el caso de los funcionarios –y de otras personas especialmente sujetas a la Administración– la incomunicación habitual entre lo penal y lo administrativo puede no sólo ser gravosa sino conducir a profundas injusticias. Y vuelvo sobre los intereses protegidos: muchos tipos penales de delitos cometidos por funcionarios⁵⁸ –o por cualquiera, en ocasiones– llevan aparejada una pena, principal o accesoria, de inhabilitación absoluta⁵⁹, de inhabilitación especial⁶⁰ o de suspensión⁶¹ en empleos o cargos públicos. ¿Tiene sentido que, además, en aras de un sutil interés protegido diferente al de la norma penal, a la misma persona y por los mismos hechos, se la pueda sancionar por vía disciplinaria yendo más lejos de la propia pena y pudiendo, incluso, separar definitivamente del servicio a quien el Código punitivo sólo aleja temporalmente del mismo? Podría pensarse –y así se ha defendido por parte de la doctrina– que la conducta administrativa queda absorbida por la reprensión judicial penal. Pero como hemos visto no es ése el criterio del EBEP ni de la reglamentación disciplinaria de los funcionarios estatales que persiguen disciplinariamente las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio. ¿Tan difícil es coordinar la legislación y propiciar una sola pena, con proyección sobre el empleo público, enterrando así, con proscripción expresa, el *bis in idem*?

Igualmente, cuando nos referimos a conductas sólo susceptibles de concurso de normas administrativas, el panorama tampoco es gratificante. La doctrina ha recordado que una infracción sanitaria puede serlo también de la normativa ambiental, de la de consumo... O un vertido corrosivo en una autovía puede ser contemplado por el elenco de infracciones de tráfico, por el del demanio vial o por cualquier otro que tutele la salud y la seguridad. La cuestión no es sólo negar aquí el *bis in idem*, como algunos dan por supuesto quizá con excesivo optimismo. Lo fundamental, aceptando que haya triple identidad y no se fuerce la doctrina de la disparidad de intereses, es saber quién debe actuar en la investigación y corrección de los hechos. Porque puede no coincidir siquiera la Administración que esgrime un título de intervención con la que invoca otra atribución para sancionar. Lugar común de la doctrina constitucional es que, sobre un mismo espacio físico pueden concurrir distintas competen-

58 Véanse los artículos 404 a 445 del Código Penal.

59 Que tendrá “una duración de seis a veinte años” y produce “la privación definitiva de todos los honores, cargos o empleos públicos...” (arts. 40.1 y 41 CP).

60 Con duración de tres meses a veinte años, produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y la incapacidad para obtener el mismo u otro análogo mientras dure la condena (art. 42 CP).

61 Que priva del ejercicio del cargo o empleo público al penado mientras dure la condena (entre tres meses y seis años), según los artículos 40.1 y 43 CP.

cias de diversas Administraciones. ¿Quién inicia, pues, el procedimiento? ¿La Administración que supuestamente defiende el interés superior o prevalente? ¿La primera en el tiempo a la hora de abrir diligencias? ¿La que puede imponer la sanción más grave, como señala el artículo 94.2 de la Ley de Costas?⁶² En doctrina se ha defendido, creo que acertadamente, una solución próxima a la tradicional del Derecho Penal de castigar, en caso de concurso, por la infracción más altamente sancionada agravándola hasta el máximo legal. Pero eso no está dicho en ningún lado. ¿Tan complicado sería defender que cuestión de un calado tal no puede ser llevada a la legislación estatal de procedimiento administrativo, como garantía no inferior a otras que ya se contemplan en la Ley 30/1992 como propias del régimen sancionador? En verdad, no entendemos que, durante tantos años, la lógica que anima al legislador se haya parado ante lo que, desde luego, no parece una aporía.

62 Que, por cierto, permite el *bis in idem* con respecto a los concesionarios demaniales.

