

Consecuencias del principio «non bis in idem» en Derecho penal

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Profesor titular de Derecho Penal

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. NATURALEZA. III. REQUISITOS. IV. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM» EN EL DERECHO PENAL: A) Delito fiscal y sanción administrativa. B) Doble sanción por delito y medida de seguridad. C) Sanción penal y penitenciaria. D) Aplicación del principio «non bis in idem» en circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. E) Malversación de caudales públicos y sanción administrativa. F) Salud pública y delito de contrabando. G) Sanción penal y colegial. VI. CONCLUSION.

I. PLANTEAMIENTO

En el presente trabajo se trata de analizar si el principio «non bis in idem», es decir, duplicidad de sanciones a una misma persona por un mismo hecho, es de aplicación siempre o solamente en algunos casos, cuando concurren una serie de requisitos que más adelante contemplaremos.

Se trata, pues, de averiguar, si por un mismo delito pueden imponerse dos penas, si una misma agravante puede ser apreciada en más de una ocasión o si un mismo hecho puede sancionarse a la vez con una pena criminal y con una sanción administrativa.

Puede adelantarse desde este momento que aunque pudiera parecer que en base al principio que comentamos nunca es posible sancionar doblemente un mismo hecho, la realidad es muy otra y puede afirmarse que la aplicación del principio «non bis in idem» es muy restrictiva; pero éste es un tema que trataremos más adelante, al referirnos a la incidencia jurídico-penal de dicho principio.

En resumen, se rige por la teoría del concurso aparente de leyes penales; lo que no es posible es que pueda imponerse doble sanción

penal, cuando el contenido del injusto sea el mismo. Lo mismo puede decirse, respecto a una sanción penal con otra derivada del Derecho Administrativo sancionador.

II. NATURALEZA

Dentro de este epígrafe analizaremos: a) En primer lugar, su contenido material y procesal, y b) en segundo término su enmarque constitucional.

A) El principio que comentamos tiene una vertiente material, lo que significa que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, siempre y cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir, que se dé el mismo contenido de injusto; pues si se lesionaran bienes jurídicos distintos, protegidos por preceptos penales diversos, entonces, sí se sancionarán de forma distinta y no se vulneraría el principio «non bis in idem», sino que se resuelve a través del artículo 71 del Código Penal concurso ideal de delitos (1).

Ese aspecto material del principio fue tratado por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, que ha servido de base, en muchos aspectos, a la Jurisprudencia posterior.

En el aspecto procesal del principio «non bis in idem» fue estudiado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983, que prohibía asimismo dos sanciones por los mismos hechos, e indicaba, en base al principio de subordinación (2), que la Administración no podía actuar mientras no lo hubieran hecho los Tribunales de Justicia y que los hechos que aquellos declarasen probados vinculaban a la Administración. De no ser así para la sentencia de 3 de octubre, se daría un exceso del poder punitivo en pugna con el artículo 25 de la Constitución. Como manifiesta Boix Reig (3) de la Sentencia de 3 de octubre de 1983, pueden extraerse las siguientes consecuencias: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial

(1) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1987, p. 57.

(2) A) Para SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALA, PEDRO: *Actualidad Administrativa*, n.º 5, febrero, 1988, p. 271. La supremacía del Derecho Penal respecto a la Administración se pone de manifiesto en el artículo 25.3 de la Constitución, donde se establece que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que directamente impliquen privación de libertad».

Para este autor, tal supremacía también se pone de relieve en el artículo 603 del Código Penal, al decir «En las Ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de Policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales».

B) En este sentido, véase CABO RUIZ, J. R.: *La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal en la reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 271 y ss.

(3) *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1987, p. 65.

de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) 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, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

Pero el Tribunal Constitucional, en sentencia de 27 de noviembre de 1985, enmarca la vertiente procesal del principio, no sólo en el artículo 25.1, sino también dentro de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, al establecer que «no se puede por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionar repetidamente la misma conducta, pues, semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia; porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel Derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.

Si bien el principio «non bis in idem» no se halla regulado de una manera expresa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe considerarse incluido dentro del concepto de «cosa juzgada» como artículo de previo pronunciamiento, recogido en el artículo 666 número 2.º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues nadie puede ser juzgado dos veces por la comisión de un mismo hecho delictivo; salvo que, como declara la Sentencia de 23 de mayo de 1986 del Tribunal Constitucional, se tratase de procedimientos distintos, por hechos diferentes (4).

(4) Sentencia de 23 de mayo de 1986 del Tribunal Constitucional, establece que: «Aunque el principio «non bis in idem», se ha aplicado sobre todo al caso de una duplicidad de sanciones penales y administrativas, es evidente que sería también invocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas. En este sentido, la no estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando concurren los requisitos necesarios para que se opere, podría conducir a la vulneración del citado principio. Pero ello no ocurre en el presente caso. El recurrente fue objeto de dos procedimientos distintos provocados por hechos diferentes: de un lado, el supuesto tráfico de estupefacientes para su venta, constitutivo del delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 344 del Código Penal; de otra parte, la presunta desobediencia a las órdenes de autoridades militares, tipificado en el artículo 315 C.J.M. Se trata de hechos distintos y no necesariamente conectados entre sí, como lo prueba que pudo cometerse cualquiera de ellos sin incurrir en el otro, es decir, pudo realizarse tráfico de drogas sin resistirse a las órdenes del patrullero de la Armada, y pudo desobedecer tales órdenes sin llevar a cabo aquel tráfico. De ello resulta que la sentencia absolutoria de la Audiencia respecto al delito contra la salud pública, no supone la inexistencia de los hechos, posiblemente constitutivos de desobediencia. No procedía, por tanto, la excepción de cosa juzgada en el procedimiento militar, ni se produjo infracción del principio «non bis in idem».»

El Tribunal Supremo en sentencias de 18 de octubre de 1982 y 10 de noviembre de 1984, entre otras, aborda la cuestión del recurso extraordinario de revisión del artículo 954-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la acción impugnativa de la cosa juzgada.

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal, en sentencia 6 de mayo de 1987, ha declarado que aunque el cauce del juicio de revisión en materia de cosa juzgada contraría el principio «non bis in idem», no deja de ser una solución justa, humana y equitativa.

B) Con anterioridad a la Constitución de 1978, encontramos un precedente próximo del principio «non bis in idem» en el Real Decreto-Ley de 25 de enero de 1977 reformador de la Ley de Orden Público, donde se respetaba el principio en cuestión, al establecerse que «no se impondrán sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos».

El principio que comentamos se hallaba recogido en el Anteproyecto de Constitución en su artículo 9-3.º, pero posteriormente fue excluido con la pretensión de incorporarlo al 25.1, lo que no se hizo (5).

El principio «non bis in idem» no viene recogido de una manera expresa en ningún precepto constitucional. Pero es doctrina y jurisprudencia pacífica tanto de los Tribunales Supremo como Constitucional que se halla implícito en el artículo 25.1 de la Constitución, que recoge los principios de legalidad y tipicidad (6).

Para Bustos Ramírez (7), la razón que da soporte al principio «non bis in idem» dentro del principio de legalidad es que al tener que ser la Ley estricta —tipicidad—, «no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena».

El Tribunal Constitucional, asimismo, en reiterada jurisprudencia ha señalado la inclusión del principio «non bis in idem» dentro de los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 de la Constitución (en este sentido, sentencias de 30 de enero de 1981, 3 de octubre de 1983, 21 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 14 de febrero, 23 de mayo y 8 de julio de 1986 y 19 de febrero de 1987).

Por otra parte, de igual forma, el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de mayo de 1987 y 25 de enero de 1988 a corroborado la tesis que apuntamos, considerándolo incluido en el artículo 25.1, pese a no hacerse mención expresa en ninguno de los artículos del 14 al 30 de la Constitución, reguladores de los derechos y libertades.

(5) Cuestión criticada por BOIX REIG en *El principio de legalidad en la constitución*, «Cuadernos de la Facultad de Derecho», n.º 4, Palma de Mallorca, 1983, p. 25 y s.

(6) COBO DEL ROSAL-BOIX REIG: *Derecho Penal y Constitución*, «Garantías constitucionales del derecho sancionador», Madrid, 1982, p. 214. BOIX REIG: *La Constitución Española de 1978 y el Derecho Penal*, Alicante, 1988, p. 17.

(7) *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, p. 77.

III. REQUISITOS

Para que pueda aplicarse el principio de exclusión de que recaiga una doble condena en razón de los mismos hechos, tradicionalmente estimado como una manifestación del general «non bis in idem», es preciso que se den unos requisitos de carácter positivo, así como otros de carácter negativo.

Siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se precisa los siguientes requisitos: 1.º) que exista identidad absoluta de hechos y, con ello, de sujeto activo; 2.º) que el fundamento de ambas sanciones sea idéntico; 3.º) que, por regla general, se impongan por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos, y 4.º) de carácter negativo, que en caso de duplicidad de sanciones administrativa y penal, no exista una relación de supremacía especial de la Administración (8) —relación funcional, servicio público, concesión administrativa, etc.— que justifique el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales, y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración.

Tales requisitos, a «sensu contrario», harán irrelevante el principio «non bis in idem», en aquellos supuestos que el contenido de injusto sea diferente y, por tanto, el fundamento de las sanciones distinto. En lo que a los sujetos activos se refiere, exige su identidad, pero excluye a los funcionarios públicos, porque en tales casos existe una supremacía especial de la Administración que justifica su «ius puniendi», además del de los Tribunales.

IV. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM» EN DERECHO PENAL

A) Delito fiscal y sanción administrativa

El principio «non bis in idem» juega un papel primordial en el presente caso, al prohibir una sanción administrativa y coetáneamente una condena por delito fiscal.

Si atendemos al aspecto procesal del principio, antes apuntado, veremos que a partir de la Sentencia de 3 de octubre de 1983 del Tribunal Constitucional, cuando la Administración entienda que los hechos son constitutivos de delito, se abstendrá de todo procedimiento y dará traslado de lo actuado a los Tribunales de Justicia.

(8) OCTAVIO DE TOLEDO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, p. 265, se cuestiona si las relaciones especiales de poder son suficientes para eludir el principio «non bis in idem», en lo referente a las faltas disciplinarias y al Título VII del Libro II del Código Penal.

Con posterioridad a dicha sentencia se consideró «constitucionalizado» el principio «non bis in idem», y como ha puesto de manifiesto Boix Reig (9), «las reformas legislativas se van produciendo con un creciente respeto a las exigencias derivadas del principio «non bis in idem», con formulaciones legales ciertamente acabadas y dignas de encomio desde una perspectiva técnico-jurídica».

Así, por ejemplo, con la Ley para la represión del fraude fiscal, en 1985 se reformó la Ley General Tributaria, en cuyo artículo 77-6.º se establece que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivos de los delitos regulados en el Código Penal, 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, precepto que no sólo establece la incompatibilidad de las actuaciones penales y administrativas, sino también la subordinación del derecho sancionador administrativo al Derecho Penal, por lo que en caso de colisión entre la actuación judicial y administrativa debe resolverse a favor de la primera de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción de los casos reservados por las Leyes al Senado, a los Tribunales de Guerra y Marina y a las Autoridades Administrativas o de Policía), correspondiendo, pues, a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, y ello sin olvidar que la potestad sancionadora es independiente de la jurisdicción penal, en el sentido de que una y otra pueden actuar en ocasiones sobre los mismos hechos, sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de uno sobre otra, no obstante la posibilidad de sancionar la misma conducta administrativamente y más tarde penalmente o viceversa se haya proscrita y al efecto conviene recordar la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 en la que se declara que la Constitución suprema, norma rectora de nuestro ordenamiento jurídico, no sanciona favorablemente el principio de derecho «bis in idem», sino que antes lo contrario, el respaldado por el ordenamiento constitucional es el principio «non bis in idem», el cual no permite por unos mismos hechos duplicar o multiplicar la sanción sea cualesquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, siempre que se dé un mismo sujeto activo y un mismo fundamento; en definitiva, un mismo contenido de injusto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de mayo de 1986, haciéndose eco, de la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, consideró que no se debía condenar por delito fiscal a quien se le había impuesto ya una sanción administrativa.

(9) *De nuevo sobre el principio de legalidad*, «Revista General de Derecho», mayo 1987, p. 2302.

Especial mención requieren aquellos casos en que antes de la reforma de la Ley General Tributaria y, por tanto, de la actual redacción del artículo 77-6.º, la Administración sancionaba aun cuando los hechos pudiesen revestir carácter de delito. Entonces, siguiendo la tesis de la sentencia del Tribunal Supremo que acabo de citar, habrá que absolver siempre. Pero tal afirmación no parece válida para todos los casos; pensemos en una infracción del Impuesto de Sociedades y que se imponga a la misma persona jurídica una sanción administrativa, a mi juicio podrá incoarse un procedimiento penal por delito fiscal a los administradores —personas físicas— sin conculcarse el principio «non bis in idem», pues éste impide la duplicidad de sanciones por los mismos hechos «a una misma persona» y en tal caso no se daría.

B) Doble sanción por delito y medida de seguridad

La problemática de las medidas de seguridad y su posible colisión con el Estado de Derecho ya fue estudiada por algún autor (10), con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española (11).

Pero no es finalidad del presente trabajo el estudio de lo apuntado, sino la posibilidad o no por los mismos hechos, de una sanción penal y de una medida de seguridad.

Para ello, nos basaremos en dos sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1985 y 14 de febrero de 1986.

En la primera, y concretamente en su considerando tercero, se establece que el principio «non bis in idem», no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y con infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que si impide, el que por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta

(10) JORGE BARREIRO, AGUSTÍN: *Las medidas de seguridad en el Derecho Español*, Civitas, 1986, p. 131 y ss. «El problema de las medidas de seguridad ocupa un lugar importante en el ámbito de la problemática del Estado de Derecho, en cuanto que aquéllas pueden convertirse en un temible instrumento aniquilador de los derechos fundamentales del individuo.»

(11) En la actualidad, la fundamentación de una medida de seguridad en base a la probabilidad de comisión de un hecho futuro, parece estar en pugna con el artículo 25.1 de la Constitución que se basa en acciones u omisiones cometidas, y no en probabilidades de comisión de hechos en el futuro.

la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.

Es claro, sin embargo, que por su misma naturaleza, el principio «non bis in idem» sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior.

Finalmente, se establece que en el supuesto al que se hace referencia en dicha sentencia no se da la duplicidad de sanciones y, por tanto, el supuesto que haría posible la invocación del mencionado principio.

La sentencia de 14 de febrero de 1986, en su fundamento primero, establece que la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio «non bis in idem», íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sancione la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad».

En lo referente a la culpabilidad, dicha sentencia, como es de ver, llega a la conclusión, que tiene que exigirse con carácter previo la declaración de la misma por la comisión de un delito, para que se pueda imponer una medida de seguridad post-delictual (12).

En las citadas resoluciones se hacen algunas afirmaciones no siempre compartidas con la Doctrina tales como que jamás pueden imponerse doble sanción por autoridad del mismo orden y que en el caso de penas y medidas de seguridad, por ser distinta su naturaleza, no se dá esa duplicidad referenciada.

Así, comparto la tesis al respecto del profesor Vives Antón (13), en el sentido de que pueden darse duplicidad de sanciones por autoridades del mismo orden, si el contenido de injusto es distinto, y por el contrario, no podrán darse duplicidad de sanciones por autoridades del mismo orden cuando el contenido de injusto sea el mismo.

Por otra parte, y respecto a si cabe imponer a un mismo hecho una pena y una medida de seguridad, el profesor Vives-Antón entien-

(12) En este mismo sentido, BOIX REIG: *De nuevo sobre el principio de legalidad*, «Revista General de Derecho», Valencia, mayo 1987, p. 2.304.

(13) VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: *Poder Judicial*, 1986, p. 91 y ss.

de que ello no es posible «cuando la pena exprese la total reprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico».

Pero en ocasiones será admisible la duplicidad de pena y medida cuando el legislador haya querido castigar a un hecho, en parte con una pena, en parte con una medida de seguridad.

C) Sanción penal y penitenciaria

Puede establecerse que la imposición de una sanción penitenciaria por una parte, y de una pena por otra, no conculca el principio «non bis in idem» (14).

Prescindiendo del distinto orden de entidades sancionadoras, el fundamento mismo de las sanciones es diverso, encaminándose el disciplinario «a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada» en los estrictos márgenes del régimen penitenciario, según cuida hoy de proclamar el artículo 41.1 de la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, en concordancia las reglas 27 de las Naciones Unidas y 27.1 del Consejo de Europa. Y, a mejor abundamiento, el artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario, de 8 de mayo de 1981, establece que «los reclusos que incurran en responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes y obligaciones que legalmente les vienen señalados, serán objeto de la sanción adecuada dentro de la escala prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en los casos y con observancia de los trámites procesales que en este Reglamento se determinan, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que en derecho fuera exigible».

De todos modos se echa en falta un precepto genérico que regule la materia, cual hace, por ejemplo, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 en lo referente a las faltas, en cuyo artículo 610.2 puede leerse: «No se podrán imponer conjuntamente sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos. Conforme a este principio corresponderá exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el enjuiciamiento de las faltas previstas en este Código. Las autoridades administrativas se abstendrán de todo procedimiento, remitiendo a la Autoridad Judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas, en cuanto tengan conocimiento de la apertura de proceso penal por los mismos hechos de que vinieren conociendo, aun en el caso de que hubiere recaído resolución sancio-

(14) En este sentido, CARLOS GARCÍA VALDÉS: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Civitas, 1982, p. 123. «Con independencia de la sanción disciplinaria correspondiente, el artículo 104 del Reglamento Penitenciario expresa la posibilidad de incurrir el interno, por los mismos hechos, en responsabilidad civil o penal; ello no supone infracción del principio «non bis in idem», pues, de acuerdo con la mejor doctrina administrativa, se trata de infracciones de ordenamientos jurídicos diversos».

nadora firme, si la sanción no hubiere llegado a ejecutarse. Si ya se hubiere ejecutado, el Juez o Tribunal, en la Sentencia o resolución definitiva que dictase, se pronunciará sobre la sanción impuesta, computándola para el cumplimiento de la pena si fuere asimilable, y ordenando en otro caso la restitución del exceso, si pronunciare condena, o de la totalidad, si la resolución fuere absolutoria». Precepto que mejora la redacción del párrafo 3.º del artículo 688 del anterior Proyecto de 1980.

Pensemos en la imposición de una sanción disciplinaria impuesta al amparo del artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario («intentar, facilitar o consumir la evasión») o que la privación de los beneficios de redención de penas por el trabajo se hubiera impuesto por virtud de lo dispuesto en el artículo 100, párrafo 1.º del Código Penal («quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograren su propósito») (15); tras lo cual los Tribunales absolverán del delito —quebrantamiento de condena— del artículo 334 del Código Penal.

En tal caso, y mientras la Protesta de Nuevo Código Penal de 1983 no entre en vigor, si es que así ocurre, lo correcto sería que la Administración se abstuviese de cualquier sanción, remitiese los hechos acaecidos a los Tribunales y en caso de absolución, los hechos vinculan a la Administración, en virtud del principio de subordinación y porque los hechos vinculan a la Administración, en virtud del principio de subordinación y porque los hechos no pueden existir para una jurisdicción y dejar de existir para la otra.

D) Aplicación del principio «non bis in idem» en circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Se ha dicho por parte de algún autor que alguna circunstancia agravante, tal como la reincidencia, estaba en pugna con el principio «non bis in idem», porque en virtud de una condena por un hecho culpablemente cometido, y por el que ya se ha cumplido una pena, se viene a agravar un nuevo hecho constitutivo de delito. De ahí que la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, en su artículo 24, no la incluya dentro del elenco de las mismas.

Pero la cuestión que nos interesa tratar aquí es la de si la aplicación de dos circunstancias agravantes casi idénticas vulnera el principio «non bis in idem». Por ejemplo, saber si es posible, a tenor de lo dicho, la aplicación de la agravación prevista en el artículo 501.5.º

(15) El Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de julio de 1986, ha declarado la constitucionalidad para el caso de que se condene a un sujeto por quebrantamiento de condena —art. 334— y a la vez se impida con ello el beneficio de la redención de penas por el trabajo, por operar ambas consecuencias en planos diferentes.

del Código Penal, «cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudieran en auxilio de la víctima o a los que les persiguieren», con la del artículo 506.1.º «cuando el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos».

En tal caso, no pueden operar a un mismo supuesto de hecho, ambas agravaciones, pues sería quebrantar el principio de legalidad y tipicidad del artículo 25.1.º de la Constitución, donde, como reiteradamente se dijo, se halla ubicado el principio «non bis in idem». La razón es bien sencilla, pues concurren identidad absoluta de hechos y el fundamento de ambas agravaciones es idéntico. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 1982 (16).

E) Malversación de caudales públicos y sanción administrativa

Al exigir el delito de malversación de caudales públicos, recogido en los artículos 394 y siguientes del Código Penal, que el sujeto activo sea un funcionario público, puede parecer a primera vista que no plantea ningún problema, la aplicación conjunta de una pena por delito y de una sanción administrativa. Pues, como hemos expresado reiteradamente, en aquellos supuestos en los que existe una situación derivada de una relación de supremacía especial de la Administración, no se conculca el principio «non bis in idem».

La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, fiscalizador de la actividad económica y financiera del sector público, establece en su artículo 38: «El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados», y el artículo 18.1.º de la citada Ley declara: «Que la Jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la Jurisdicción Penal».

Se está pensando, en las afirmaciones precedentes, en que el sujeto activo sea un funcionario público de conformidad con lo establecido por el Derecho Administrativo (17).

(16) Es doctrina reiteradísima de esta Sala que los mismos supuestos de hecho no pueden ser objeto de una dualidad en la aplicación de la normativa penal, con la finalidad de no violar el principio «non bis in idem», unánimemente admitido por la doctrina de todas las ramas jurídicas, de tal manera que, cuando el mismo supuesto fáctico ha sido utilizado para su encaje en dos preceptos penales, siendo idénticos, no puede darse esta operatividad conjunta de la normativa jurídica».

(17) Para TOMÁS QUINTANA LÓPEZ: *El principio «non bis in idem» y la responsabilidad administrativa de los funcionarios*, en Civitas. «Rev. Esp. de Derecho Admi-

Sin embargo, la cuestión puede complicarse cuando el «funcionario» lo sea sólo a efectos penales de conformidad con lo establecido en el artículo 119 de nuestro texto punitivo, pues, en tal caso, esa relación de supremacía especial de la Administración es cuanto menos dudosa, y en tal caso, la duplicidad de sanciones, sí podría estar en pugna con la aplicación del principio «non bis in idem».

F) Salud pública y delito de contrabando

A raíz de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que regula el delito de contrabando, se plantea si un mismo hecho —tráfico de drogas— puede ser castigado como delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal y a la vez como delito de contrabando de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley de Contrabando, que establece «que no obstante lo dispuesto en el número uno de este artículo, serán también reos del delito de contrabando, quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª) Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otros cuya tenencia cons-

nistrativo», p. 596 y ss., oct.-dic., 1986, «El principio “non bis in idem”, cuya existencia en nuestro ordenamiento ha sido reiteradamente respaldada por el Tribunal Constitucional, se manifiesta de forma diferente en el ámbito de las relaciones de supremacía general con la Administración y en los supuestos en que la sanción tiene su fundamento en el poder de la Administración sobre sus funcionarios, inequívoca relación de supremacía especial.

En todo caso, los efectos del “non bis in idem” en los supuestos de comisión por el funcionario de hechos tipificados como faltas administrativas, y, a la vez, constitutivos de un ilícito penal común, entendiéndose, por ello, los delitos susceptibles de ser cometidos por cualquier persona, son distintos de los que implica dicho principio cuando los hechos que realiza el funcionario constituyen un ilícito administrativo, y, además de un delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes o bien de los específicamente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

En el primer caso, la observación del “non bis in idem” impone posponer la resolución del expediente administrativo sancionador a los resultados del proceso penal, única forma en que se hace efectivo el relato fáctico probado judicialmente, y por otra parte, se aplica la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional; aunque ello sea difícilmente compatible con el tenor del apartado primero del artículo 23 del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios recientemente aprobado.

Esta solución que se acaba de propugnar es precisamente la que contempla este mismo artículo en su apartado segundo, cuando el funcionario ha cometido alguno de los delitos específicos de su situación, cuyos hechos están tipificados también como faltas disciplinarias. Sin embargo, la aplicación de la regla “non bis in idem” tiene en este caso otra virtualidad debido a una íntima relación entre los bienes jurídicos vulnerados por ambos ilícitos que se traduce comúnmente en que el ataque al orden administrativo es presupuesto necesario condición previa de la vulneración del orden penal, que impide sancionar administrativamente al funcionario que lo ha sido penalmente por la comisión de un delito contra los derechos de la persona reconocidos por las leyes o de los cometidos en el ejercicio de sus cargos.»

tituya delito»; todo ello en relación con el artículo 1.3.^a y 4.^a de la citada Ley.

Debe distinguirse, por una parte, la tesis mantenida por el Tribunal Supremo, y por otra, la mantenida por la doctrina, que contraría a la tesis jurisprudencial, mantiene, sin embargo, posturas discrepantes:

El Tribunal Supremo y en las circulares de la Fiscalía General del Estado de fecha 1 de diciembre de 1983 y la n.º 1 de 1984 sostienen que con la aplicación al tráfico de drogas, del artículo 344 del Código Penal y de la Ley de Contrabando, no se conculca el principio «non bis in idem», porque los bienes jurídicos que se protegen son distintos, o lo que es lo mismo, no se da en tal caso el mismo contenido de injusto. Así se protege de un lado, la salud pública y de otro al erario público. En consecuencia, se considera de aplicación el concurso ideal de delitos del artículo 71 del Código Penal. (En este sentido, sentencias de 17 de diciembre de 1986, 29 de junio de 1987 y 5 de febrero de 1988.) (18).

La tesis mantenida por nuestro Alto Tribunal no me parece la más acertada, puesto que entiendo que no hay disparidad de bienes jurídicos; así, al establecer el artículo 1.3. de la Ley de Contrabando «...o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito» no hace otra cosa que insistir en los bienes jurídicos de estos delitos (19).

Desde este punto de vista, lo más coherente es acudir, no al concurso de delitos, sino al concurso de normas (20), en base al criterio de consunción o subsidiariedad relativa e impropia, debiéndose aplicar en cada caso la norma que sancione con pena más grave, no en base al artículo 68 del Código Penal, pues éste sólo se refiere al conflicto entre dos normas incluidas en él, sino como señala Carbonell Mateu (21) «por los criterios resolutorios de la citada especie de conflicto aparente entre dos normas secantes».

(18) Sentencia de 5 de febrero de 1988, que dice así: «Se aduce aplicación indebida de los preceptos de la Ley de Contrabando 7/82, de 13 de julio, por entender que la sanción de tal delito de contrabando, una vez penado el delito contra la salud pública, que ya implica tráfico de drogas, viola el principio «non bis in idem», que impide condenar dos veces a una persona por el mismo hecho; pero como ya tiene establecido esta Sala en doctrina también conocida y difundida, no hay tal violación de aquel principio, cuando, como ocurre en el caso de autos, además de la tenencia de la droga con propósito de tráfico, la misma se introduce clandestinamente en el territorio nacional vulnerando el control aduanero y dando lugar a otra infracción distinta contra el erario público, de suerte que siendo dos los bienes jurídicos ofendidos por la conducta delictiva: el que ataca a la salud pública y el que atacara la Hacienda nacional, estamos no ante un concurso de normas en cuyo supuesto la más grave desplazaría a la de inferior rango punitivo (art. 68 Código Penal), sino ante un concurso ideal de delitos castigados conforme al artículo 71 del Código Penal».

(19) En este sentido CARBONELL MATEU, J. C.: *Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas. En la problemática de la droga en España*, Madrid, 1986, p. 349.

(20) En este sentido, BOIX REIG, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1988, p. 351.

(21) *Ob. cit.*, p. 350.

Otro sector doctrinal (22) se inclina por el criterio de especialidad, considerando que el artículo 344 del Código Penal es Ley especial, frente a la Ley de Contrabando; sin embargo, entiendo que ni el Código Penal es Ley especial frente a la Ley de Contrabando, ni viceversa.

G) Sanción penal y colegial

Finalmente, y para concluir el presente trabajo, no quiero dejar fuera de su ámbito, si la sanción penal de un profesional —un letrado, por ejemplo— y su posterior sanción colegial, vulneraría el principio «non bis in idem».

Entiendo que no, pues el fundamento de la sanción es diferente; en el primer supuesto se sanciona a un letrado por la comisión de un delito —por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico—, mientras que en el segundo se le sanciona con una medida disciplinaria por la realización de un hecho atentatorio a la dignidad de la profesión.

Pero es más, el Estatuto General de la Abogacía de fecha 24 de julio de 1982 impone la consideración de falta disciplinaria muy grave, al colegiado que hubiese sido condenado con sentencia firme por hecho gravemente afrentoso (art. 113, ap. J.), sancionándole de acuerdo con el artículo 116-1.b, con la expulsión del Colegio.

Pero en tal supuesto concreto, sí puede conculcarse el principio «non bis in idem». Pues de acuerdo con lo establecido con el artículo 47 del Código Penal, «las penas de prisión mayor, prisión menor y arresto mayor, llevarán consigo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena» (23).

Entiendo que con independencia de lo que se entiende por «hecho gravemente afrentoso», la suspensión de la profesión por una parte y de la expulsión por otra, pueden estar en pugna con el principio que comentamos.

(22) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 283, y ARROYO ZAPATERO: *Aspectos penales del tráfico de drogas*, en «*Opinión*», *Revista Poder Judicial*, n.º 11, 1984, p. 25.

(23) Véase Sentencia de 30 de abril de 1988, publicada en la Ley de 19 de enero de 1989: Apropiación indebida de provisión de fondos.

V. CONCLUSION

El principio «non bis in idem», hoy «constitucionalizado», está enmarcado en el artículo 25.1 de la Constitución, e impide en determinados casos, la duplicidad de sanciones por los mismos hechos; sin embargo, tiene un ámbito de aplicación muy restringido. Sólo en aquellos casos en que concurra los requisitos de carácter positivo apuntados, tales como, identidad absoluta de hechos, de sujeto activo y de fundamento de la sanción, y de carácter negativo, es decir, que no exista una relación de supremacía especial de la Administración, regirá el principio en cuestión.

Con la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983 quedó ya resuelta la cuestión que impedía que los Tribunales sancionasen como delito un hecho, si ya había sido sancionado en vía administrativa, pues ahora la Administración se abstendrá, si considera que los hechos puede revestir carácter de delito. Con posterioridad a la sentencia de 3 de octubre apuntan en el mismo sentido, la generalidad de la Doctrina y la Ley General Tributaria, en su artículo 77.6.º

Finalmente, y en relación a cuanto acabamos de expresar, los hechos declarados probados por los Tribunales de Justicia vincularán a la Administración por cuanto unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

