

REFC

REVISTA ESPAÑOLA DE LA

Función Consultiva

SEPARATA

Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana



Estudios



Doctrina comparada



Dictámenes



Jurisprudencia



Bibliografía



Normativa



Información institucional

Enero/Junio

2015
nº 23

ISSN: 1698-6849

CONSEJO ASESOR

Excmo. Sr. D. José Manuel Romay Beccaría
Presidente del Consejo de Estado

Hnble. Sr. D. Joan Egea Fernández
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Albert Lamarca i Marquès
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Excmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández
Presidente del Consejo Consultivo de Canarias

Hnble. Sr. D. Antonio José Diéguez Seguí
Presidente del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso
Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía

Hnble. Sr. D. Vicente Garrido Mayol
Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana

Excmo. Sr. D. Ramón Salanova Alcalde
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero
Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja

Excmo. Sr. D. José Luis Costa Pillado
Presidente del Consejo Consultivo de Galicia

Excmo. Sr. D. Emilio Sanz Sánchez
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Excmo. Sr. D. Antonio Gómez Fayrén
Presidente del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Excmo. Sr. D. Eugenio Simón Acosta
Presidente del Consejo de Navarra

Ilmo. Sr. D. Sabino Torre Díez
Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Excmo. Sr. D. Mario Amilivia González
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León

Excmo. Sr. D. Bernardo Fernández Pérez
Presidente del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR
Vicente Garrido Mayol

José Díez Cuquerella, Enrique F. Fliquete Lliso, Federico Fernández Roldán, Margarita Soler Sánchez, María Luisa Mediavilla Cruz, Francisco Camps Ortiz, Miguel Pastor López, Miguel Mira Ribera (†), Vicente Cuñat Edo, Alberto Jarabo Calatayud, Ana Castellano Vilar, Joan Ignasi Pla i Durà.

Secretario
Fernando García Mengual

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana no se responsabiliza de las posiciones mantenidas o vertidas por los colaboradores de la REFC, que son, en consecuencia estrictamente personales.

Revista Española de la

FUNCIÓN CONSULTIVA

23

ENERO-JUNIO

2015



Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana

Edita: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

Producción gráfica: *Guada, Litografía S.L.*

Maquetación: *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

ISSN: 1698-6849

Depósito Legal: *V-4523-2004*

SUMARIO

Presentación	13
<hr/>	
Estudios	
<hr/>	
PEDRO TOMÁS NEVADO-BATALLA MORENO. <i>Función consultiva y garantía del Estado de Derecho: A propósito de un debate desleal</i>	17
JUAN CANO BUESO. <i>Contribución de Andalucía a la reconfiguración del Estado Autonómico</i>	43
PABLO J. COLLADO BENEYTO. <i>La suspensión del procedimiento por petición de informes preceptivos y determinantes a la búsqueda de una interpretación coherente de los artículos 42.5.c) y 83 de la Ley 30/1992</i>	79
ENRIQUE F. FLIQUETE LLISO. <i>La nulidad de pleno derecho del acto administrativo por vulneración del principio «non bis in idem»</i>	137
MARÍA ÁNGELES GARCÍA GARCÍA. <i>La Universidad sujeto de la asociación para la innovación</i>	161
CARLOS TORMO CAMALLONGA. <i>La “voluntad general” en la división provincial de 1822: el Congreso aprobará por menor lo mismo que en general y por mayor desapruueba</i>	187
DAVID MUÑOZ PÉREZ. <i>El derecho de las personas con discapacidad a una vivienda adecuada: perspectivas para su eficacia en los Planes Estatales de Vivienda</i>	215
JUAN J. GUARDIA HERNÁNDEZ. <i>Posibilidades y límites para el desarrollo autonómico del artículo 16.3 de la Constitución Española</i>	233
<hr/>	
Doctrina de los Consejos Consultivos	
<hr/>	
Responsabilidad patrimonial por daños ocurridos con motivo de festejos populares	
CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ILLES BALEARS Irene M ^a Espuey Servera	267

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA	
Teresa P. Vidal Martín	281
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI	
Deiane Agirrebaltzategi Sánchez.....	297
CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN	
Javier Piriz Urueña	321
CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID	
Carlos Yáñez Díaz	345

Dictámenes

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA	
Dictamen 145/2015, de 14 de mayo, sobre la reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la explosión de un cohete en un espacio público en el transcurso de la verbena de San Juan	351
Dictamen 146/2015, de 14 de mayo, sobre la reclamación de indemnización de unos padres por los daños y perjuicios sufridos por su hija menor, en el transcurso de la celebración de un <i>correfoc</i>	357
CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA	
Dictamen 540/2013, de 24 de julio, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, por la muerte del padre de las hijas de la reclamante provocada por la embestida de una vaquilla	367
Dictamen 582/2014, de 9 de septiembre, sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de un niño al ser atropellado por una carroza en una cabalgata	371
CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNITAT VALENCIANA	
Dictamen 241/2015, de 17 de abril, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños sufridos a consecuencia de una herida por asta de toro producida durante los festejos populares.....	383
Dictamen 751/2015, de 29 de diciembre, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones ocasionadas por una vaca al escaparse del corral durante los festejos taurinos	393
CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN	
Dictamen 66/2015, de 14 de abril, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del mal funcionamiento del servicio en la organización de festejo taurino	401

Dictamen 76/2015, de 14 de abril, sobre la reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de daños por cogida durante las vaquillas organizadas en la Plaza de Toros de Zaragoza, durante las Fiestas del Pilar	405
--	-----

Notas Bibliográficas

Recensión del libro « <i>El Consejo de Estado y los Órganos Consultivos autonómicos</i> », de Orlando Triguero Ortiz. Fernando García Mengual	411
--	-----

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda), sobre el procedimiento administrativo interno para la recuperación de ayudas de Estado incompatibles con el Derecho de la Unión Europea. [<i>Recuperación no es sanción - Inexistencia de procedimiento específico en el derecho de la Unión Europea - Competencia de autoridades nacionales para el diseño de procedimiento, con la condición de que se garantice la efectividad y ejecución inmediata de la recuperación - El crédito a recuperar es un imperativo comunitario de eficacia directa que no requiere ser recepcionado y adaptado a los procedimientos internos - Necesidad previa de conceión de trámite de audiencia</i>]	419
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), sobre la nulidad de la Orden 2/2013 de la Consellería de Sanidad, reguladora del procedimiento para la jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en el servicio activo y la jubilación voluntaria del personal adscrito a las Instituciones Sanitarias dependientes de la Consellería de Sanidad [<i>Procedimiento de elaboración de reglamentos - rango normativo exigible - necesidad de previo Dictamen del Consejo Consultivo</i>]	439
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda), sobre la supuesta notificación defectuosa de una liquidación tributaria por falta de comunicación del contenido del acto notificado. [<i>Procedimiento administrativo - motivación - notificación defectuosa por falta de comunicación del acto notificado -</i>	

<i>carga del interesado de negarse a recibir la notificación si no contenía el texto del acto notificado]</i>	449
---	-----

Normas de los Consejos Consultivos

CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA	
<i>Ley 19/2015, de 23 de septiembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura</i>	457
CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID	
<i>Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo</i>	465
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID	
<i>Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid</i>	473

Información institucional

Consejo de Estado	487
Consejo Consultivo de las Illes Balears.....	488
Consejo Consultivo de Andalucía	489
Consejo Consultivo de Galicia	489
Consejo de Navarra	490

Autores

Consejo de Redacción

Instrucciones a los autores

Boletín de suscripción

LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Enrique Fliquete Lliso
Consejero del Consejo Jurídico
Consultivo de la Comunitat Valenciana

Sumario:

- I. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
- II. EL *NON BIS IN IDEM* COMO DERECHO FUNDAMENTAL EX ART. 25.1 C.E.
- III. LA DIMENSIÓN MATERIAL Y PROCESAL DEL PRINCIPIO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- IV. SOLUCIONES EN VÍA ADMINISTRATIVA ANTE LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*.

I. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), en su apartado 1, a), sanciona con la nulidad de pleno derecho a aquellos actos de las Administraciones públicas que “*lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*”. Los derechos y libertades cuya vulne-

1 La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015), que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016, prevé, en su artículo 47.1.a), el mismo textual que el aún vigente art. 62.1.a):

«1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

ración es invocable en vía de amparo constitucional, son los que se reconocen en la Sección Primera, Capítulo Segundo, Título primero, de la Constitución, junto al art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30, a la luz del art. 53.2 C.E.: «*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*» 2. Como indica el Dictamen 744/2009 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana «*no toda lesión de un derecho de los reconocidos en el Título I de la Constitución determina la nulidad de los actos administrativos causantes de aquélla. Los derechos y libertades protegidos con la sanción de nulidad son, como dice textualmente el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 -tanto en su redacción inicial como en la actual de 1999- “los susceptibles de amparo constitucional”*».

En la medida que la mención a la nulidad de pleno derecho en el art. 62 Ley 30/1992 se realiza por la remisión a la protección especial en sede constitucional a través del Recurso de Amparo, son dichos derechos y libertades del art. 53.2 CE, los que, en caso de lesión, causan la nulidad del acto administrativo. Una nulidad que debe ser apreciada por parte de la propia Administración autora del acto, como mecanismo adicional al de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, mediante la autotutela administrativa, según previsión expresa del art. 102 de la Ley 30/1992³. De esta forma, la Administración asume la protección de los derechos fundamentales a través de la vía de revisión de sus propios actos cuando éstos constituyan lesión de los derechos fundamentales, y ello en coherencia con la misión fiscalizadora de la legalidad de su actuación, con sede en la presunción que atribuye el art.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

2 También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior; las que regulen materias reservadas a la Ley; y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.»

2 En los mismos términos el art. 41 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC):

«1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución.

2. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.»

3 Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos: «1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.»

57.1 de la Ley 30/1992, y derivada, a su vez, de la afirmación del pleno sometimiento a la legalidad que se consagra en el art. 103.1 de la Constitución⁴.

El trámite revisorio del acto administrativo cuando se lesionan derechos fundamentales no es, por otra parte, la única vía para la invocación de tal vulneración. Como se ha indicado, es un mecanismo adicional a los que se prevén en el art. 53.2 CE pues comparte objeto con el recurso de amparo y con el procedimiento de tutela ante los tribunales ordinarios que menciona el primer inciso del art. 53.2 C.E. Dicho procedimiento es el que se regulaba en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona –vigente hasta el 8 de abril de 2003⁵– y que, actualmente, tiene su regulación en el orden contencioso-administrativo en el Capítulo I, Título V, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA)⁶.

4 Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 12 de marzo de 2012, en su Fundamento de Derecho tercero se argumenta tal presunción de legalidad en los siguientes términos: «conforme ya dijimos en las Sentencias (tres) de 8 de septiembre de 2011 (recursos 5943/08 , 5912/08 y 6106/08) y de 30 de septiembre de 2011 (recurso 2631/08) ...todo acto administrativo, expresión jurídica por antonomasia del ejercicio de las facultades administrativas, cualquiera que sea el órgano o Administración que lo dicte, goza de la presunción de legalidad que le atribuye específicamente el artículo 57.1 de la Ley 30/1992 y que, en todo caso, exige una valoración por parte del órgano jurisdiccional llamado a controlar su legalidad en orden a si dicha presunción ha sido eficazmente desvirtuada. Junto a esa presunción de legalidad o validez del acto administrativo también cabe hablar de una presunción de imparcialidad u objetividad del órgano o funcionario autor del mismo, tal y como reconoce la Sentencia de 27 de marzo de 2003, dictada por la Sala especial del artículo 61 LOPJ de este Tribunal Supremo cuando, con referencia a los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, se subraya que su actuación se desarrolla “con plena imparcialidad y sometimiento no menos pleno a la Ley y al Derecho” , realidad esta que “no supone sino una particularización de la regla más general de sujeción a la legalidad de todos los poderes públicos españoles, como único cauce viable para conseguir un verdadero reinado del Estado de Derecho” , y que se traduce en marco jurídico general que “permite precaver cualquier desviación de aquel mandato de plena sujeción a la legalidad y de imparcialidad” . Concretamente, “el artículo 9.1 de la misma Constitución expresa que tanto los ciudadanos como, en lo que ahora interesa, los poderes públicos, están «sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico»” . En parecida dirección, el artículo 103.1 de esa misma norma suprema previene que la Administración Pública (en la que sin duda alguna quedan insertos los funcionarios policiales) “sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” . El apartado 3 de este mismo precepto previene que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y, dentro de éste, “las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” . Reglas paralelas de sujeción a la ley y de imparcialidad de los funcionarios públicos, en cuanto personas que desempeñan la actividad administrativa (de la que participan aquellos miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad), contiene la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, en su artículo 3, estatuye: “Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales (...) con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho».

5 Los artículos 1 a 5 de la Ley 62/1978 fueron derogados por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (B.O.E. 28 octubre); Los Artículos 6 a 10 fueron derogados por Ley 29/1998, 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (B.O.E. 14 julio). Y los artículos 11 a 15 fueron derogados por el número 2.3.º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (B.O.E. 8 enero).

6 Intitulado como “Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona”. En el art. 114 se determina el objeto del procedimiento:

«1. El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la

De esta forma nuestro ordenamiento jurídico prevé tres procedimientos cuyo objeto específico es la protección de los derechos fundamentales lesionados por la Administración: la autotutela administrativa, a través de la revisión de oficio; la heterotutela de los Tribunales ordinarios por el procedimiento preferente y sumario; y la tutela del Tribunal Constitucional a través del Recurso de Amparo. Ello sin menoscabo de la siempre posible invocación de la lesión de derechos fundamentales como causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, tanto en vía administrativa –a través de los mecanismos revisorios ordinarios, pues supone una infracción muy cualificada del ordenamiento jurídico (vía revocación de los actos de gravamen, vía recursos administrativos)–, como en sede jurisdiccional contencioso-administrativa –por el trámite del procedimiento ordinario–.

Cabe asimismo indicar que si bien en el art. 62.1.a) se utiliza el término lesión «*los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional*» en el art. 41.2 de la LOTC, se utiliza el término violación «*El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*». No obstante tal diversidad de términos no parece implicar una diferencia en el grado de la infracción del derecho a los efectos de su invocación, pues lesión y violación, aunque plantean una desigual intensidad⁷, despliegan mecanismos de protección con idéntico objeto y finalidad: «*restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado*», según tenor del art. 114.2 de la LJCA.

Por otra parte, la identidad de objeto entre procedimiento jurisdiccional para protección de derechos fundamentales y procedimiento revisorio de oficio por lesión de derechos fundamentales, plantea la cuestión acerca de la posible compatibilidad de ambos trámites. Tal y como indica el art. 102 Ley 30/1992, la revisión de oficio del acto administrativo sólo cabe sobre «*actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo*»; Y, por su parte, el recurso contencioso-administrativo para la protección derechos fundamentales, de conformidad con el art. 25 de la LJCA, en relación con el 31 y 114 de la misma

Constitución española, se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley.

2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.

3. A todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente.»

⁷ Violar, en el diccionario RAE es «*Infringir o quebrantar una ley, un tratado, un precepto, una promesa, etc.*» Lesionar es causar «*Daño, perjuicio o detrimento*» de forma que “violar” parece implicar una acción no graduable, de ejecución completa, mientras que “lesionar” admite una graduación.

norma, sólo procederá respecto a actos que pongan fin a la vía administrativa⁸. En ambos casos, la exigencia de que se trate de actos que pongan fin a la vía administrativa, advierte de la necesidad de que no exista ningún mecanismo ordinario en sede administrativa en el cual se pueda invocar la lesión de los derechos fundamentales, pues caso de que exista tal posibilidad de autotutela, no será admisible ni la revisión de oficio ni la fiscalización jurisdiccional.

Sin embargo, que el requisito de ambos procedimientos sea que el acto haya puesto fin a la vía administrativa, no permite afirmar que con ello se produzca una duplicidad de procedimientos con idéntico objeto, pues el recurso contencioso para protección de los derechos fundamentales excluirá que, con idéntico objeto, partes, acto y fundamentos, se pueda tramitar un posterior procedimiento de revisión de oficio. Sin embargo, la culminación de un procedimiento de revisión de oficio sí que permite su fiscalización jurisdiccional, compatibilizando el procedimiento en vía contencioso-administrativa con el trámite administrativo de revisión⁹. De esta forma no es posible que, una vez sometida a debate jurídico la posible existencia de una lesión de derechos fundamentales causada por el acto administrativo en sede contencioso-administrativa, y tras la resolución judicial de fondo sobre inexistencia de tal lesión, el acto no podrá ser objeto de una revisión de oficio con fundamento en el mismo supuesto de hecho y la invocación de la misma violación del derecho fundamental ya resuelta.

8 Art. 25, LJCA: «1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.»

Art. 31, LJCA: «1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.»

Art. 114, LJCA: «2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.»

9 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de Febrero de 2013: «Lo que antecede pone de manifiesto que en ese proceso jurisdiccional se analizaron todos los motivos impugnatorios deducidos por el recurrente, quedando desestimados por sentencia ya firme, y esto supone que, en el caso de haber sido omitido alguno, no cabe invocarlo ahora como causa de nulidad en el procedimiento de revisión de oficio una vez que la resolución sancionadora quedó firme tras el procedimiento judicial. La razón de que así deba ser es la naturaleza y finalidad que corresponde al procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho, pues éste se configura como un remedio extraordinario y, como tal, subsidiario de los instrumentos procedimentales ordinarios de impugnación de actos administrativos; de modo que no resulta viable cuando para hacer valer la pretendida nulidad ya se han utilizado los cauces procedimentales ordinarios, el acto dictado ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa y este proceso jurisdiccional ha terminado por resolución firme». Por su parte, la Sentencia de la misma Sala de 18 de julio de 2013, pone el acento en que la cosa juzgada es impeditiva respecto al trámite de revisión con el mismo objeto si «se hubiere producido un enjuiciamiento definitivo del debate jurídico planteado», pues de no ser así, y queda imprejuizado el debate por cuestiones procesales que hayan impedido un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada, no opera la cosa juzgada.

En todo caso, estos mecanismos específicos para la protección de los derechos fundamentales no tienen sólo eficacia mero declarativa –con la declaración sobre la efectiva lesión del derecho– sino que también deben implicar las medidas necesarias para restablecer y preservar el derecho fundamental lesionado. Y en el caso de los actos administrativos, va a determinar la declaración de nulidad de pleno derecho del acto infractor del derecho fundamental, con los efectos que para tal nulidad prevé la Ley 30/1992¹⁰. Adquiere por ello especial relevancia el concepto de lesión del derecho fundamental y su intensidad, en la medida que su existencia, por una parte, provocará la nulidad del acto pero, y por otra parte, obligará a su restablecimiento y preservación.

Así, el concepto de “lesión” del derecho fundamental deberá sustentarse en elementos objetivos pues no puede quedar al albur de la subjetividad del titular del derecho la apreciación de la existencia de una lesión. Al efecto, los “actos que lesionen” en la dicción del art. 62.1.a), van a tener una doble limitación: por una parte, la propia del concepto de lesión del derecho fundamental, tomando referencia en su núcleo esencial y, por otra parte, la del carácter residual y extraordinario del procedimiento de revisión, a efecto de utilizar tal cauce revisorio para declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo¹¹.

La cuestión pasa por la identificación de la efectiva existencia de una lesión en los derechos y que tal lesión se manifieste como impedimento para el ejercicio del derecho fundamental. De esta forma, la correlación entre la lesión y el derecho fundamental debe entenderse que se exige no sólo respecto a los derechos susceptibles de ser

10 De entre ellos, el previsto en el art. 67 de la Ley 30/1992, sobre la imposibilidad de convalidación de los actos nulos de pleno derecho. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 27 de noviembre de 1999, respecto a los vicios de nulidad absoluta indica que «...son insubsanables, conforme al principio recogido en las máximas *quod nullum est, nullum producit effectum* o *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalesceré*». Igualmente, la Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 8 de abril de 2010: «Estamos en presencia de una nulidad de pleno derecho que, de conformidad con el precepto invocado como infringido, no admite convalidación, pues no se trata de un simple supuesto de anulabilidad, sino de nulidad con efectos *ex tunc*. No se está, pues, en presencia de los supuestos contemplados en los anteriores artículos 65 y 66 de la misma LRJPA, que regulan la conversión y conservación de los actos, y en los que se hace mención expresa tanto a los supuestos de nulidad como a los de anulabilidad, dualidad que no se contempla en el artículo 67, que se limita a los supuestos de anulabilidad. Y es que el principio de conservación de los actos administrativos no puede respaldar la pretensión de convalidación de un acto nulo, ya que un acto nulo ni siquiera se subsana por el transcurso del tiempo».

11 Como expuse en un previo estudio sobre la nulidad de pleno derecho por la causa del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, «Otro factor a tener en cuenta, a efecto de advertir cual es el motivo de la afirmada excepcionalidad, sería el carácter residual y extraordinario del procedimiento de revisión. La revisión, desde el tenor del art. 102 de la Ley 30/1992, solo es posible contra los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o los que no hayan sido recurridos en plazo (...) La percepción de la lesión y su visibilidad, por ello, conduce a que ésta sea objeto de alegación en el expediente administrativo origen de la lesión, y que, asimismo, pueda fundar la acción impugnatoria en vía de recurso en sede jurisdiccional. Se trataría, por tanto, de un motivo de alegación que se explicitaría, más propiamente, contra el acto no firme», FLIQUETE LLISO, E., «La revisión de oficio de los actos nulos por infracción de los derechos fundamentales: doctrina del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana», *Revista Española de la función consultiva*, núm. 17, enero-junio 2012, Ed. pág. 162.

invocados como lesionados, sino también respecto al propio concepto de lesión, que será el que alcanza la intensidad necesaria como para afectar al ejercicio del derecho. Desde la exigencia de una dimensión de lesión que trascienda al ejercicio del derecho y lo limite, no resulta dubitado que si la lesión se produce en el contenido esencial del derecho, ésta se conformará en el supuesto de nulidad de pleno derecho.

La identificación del contenido esencial del derecho es una misión que se debe poner en relación con el concepto de reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE a efecto de identificar cual es dicho contenido esencial; La sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de julio¹² indica que la reserva de ley orgánica se limita a elementos necesarios como son la regulación de los aspectos esenciales para la definición del derecho, su ámbito y límites en relación con otros derechos y libertades, sin que toda regulación que afecte al ejercicio de un derecho constituya forzosamente su desarrollo: *«una cuestión no esencial o definitoria del contenido del derecho, sino accidental al mismo, ni puede considerarse «desarrollo», en el sentido del art. 81 de la C.E.»*¹³.

El contenido esencial de un derecho fundamental *«señala una frontera que el legislador no puede traspasar, delimita un terreno que la ley limitadora no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad...es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades*

12 Recurso de inconstitucionalidad núm. 961/1985 contra la Ley del Parlamento de Cataluña 18/1985, de 23 de julio, de Cámaras Profesionales Agrarias.

13 *«En principio, no toda regulación referente a las asociaciones, su actividad y funciones puede considerarse como «desarrollo» del derecho de asociación, pues ello supondría una extensión desmesurada del ámbito de la Ley Orgánica al respecto. Ciertamente, cabe considerar que la regulación de determinados aspectos, esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas, son elementos necesarios del «desarrollo» normativo a realizar por Ley Orgánica. Pero, aparte de estos elementos esenciales y necesarios, la Ley Orgánica puede ampliar el contenido del derecho de que se trate, o bien puede remitir a leyes ordinarias la regulación de aspectos que no resulten decisivos o capitales en su configuración, o, finalmente, puede optar por no incluir en su «desarrollo» aquellos aspectos que el legislador orgánico estime innecesarios o accidentales. En cualquier caso, no es posible estimar que cualquier regulación que en alguna forma afecte al ejercicio de un derecho constituye forzosamente un «desarrollo» del mismo, y, en consecuencia, ha de responder a los requisitos del art. 81 de la C.E. En el presente caso, es claro que la representación ante administraciones públicas de organizaciones o asociaciones no es el elemento definidor o necesario del derecho de asociación; y que, en los términos en que ha de interpretarse el art. 9.1 de la Ley (según señalamos en el fundamento jurídico 13) no supone una restricción de ese derecho respecto de las organizaciones o asociaciones de profesionales del sector agrícola. En consecuencia, la regulación por una norma, en este aspecto, sectorial (en cuanto se refiere a unas organizaciones o asociaciones específicas del sector agrario) de una cuestión no esencial o definitoria del contenido del derecho, sino accidental al mismo, ni puede considerarse «desarrollo», en el sentido del art. 81 de la C.E., ni obviamente, se opone a Ley Orgánica alguna. Por ello, no puede exigirse, en la situación presente del ordenamiento, una reserva de Ley Orgánica para regular la materia objeto del art. 11 de la L.B.C.A.»*

14 MARTÍN-RETORTILLO, L., DE OTTO Y PARDO, I., «Derechos fundamentales y Constitución», Cuadernos Cívitas, Madrid, 1988. págs. 125 y ss. En similares términos para MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., «la garantía del contenido esencial es la expresión, pues, de un imperativo incondicionado dirigido a los poderes públicos, del que resultan para estos deberes positivos –hacer efectivos los derechos fundamentales– y negativos –no lesionar los derechos fundamentales–», MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L. «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales», Cuadernos y debates, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pág. 48. Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y su garantía vid. MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A.L., Y DE DOMINGO PÉREZ, T., «Los derechos fundamentales en el sistema constitucional», Ed. Comares, 2011.

*públicas*¹⁴». El problema se encuentra en la concreta determinación de tal contenido esencial, pues la Constitución reconoce derecho fundamental «*mediante determinación abstracta y genérica del mismo que no indica ni las concretas facultades que comprende ni el concreto status jurídico del titular de la potestad de que trate (...) la regulación del ejercicio ha de partir de la determinación del contenido del derecho tal como resulta de la construcción dogmática del mismo en la interpretación de la definición abstracta*¹⁵».

En tal sentido, la función del legislador estriba en garantizar el respeto del contenido esencial del derecho fundamental, porque «*la reserva de ley del artículo 53.1 CE impone al legislador una barrera infranqueable, que ha de ser siempre respetada como garantía esencial de nuestro Estado de Derecho (...) que asegura que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes*¹⁶». Tal misión del legislador, con sede en el art. 53.1 CE, obliga a su vez a que la norma emanada no traspase la frontera que supone el contenido esencial del derecho fundamental, porque, de así ocurrir, la ley no superará el juicio de constitucionalidad que expresamente prevé el meritado precepto, con remisión al art. 161.1 CE.

No obstante lo anterior, en el textual del art. 62.1.a), de la Ley 30/1992, el concepto de lesión no se limitaría al contenido esencial del derecho, sino que, siguiendo el art. 55.1 LOTC, se extiende a aquellos actos que impiden el pleno ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en vía de Amparo constitucional. E impedir el pleno ejercicio del derecho conducirá a que la lesión no pueda referirse sólo a meros aspectos tangenciales o a formalidades no invalidantes del derecho, sino que debe afectar a su contenido mismo, impidiendo realmente su ejercicio¹⁷. Sin posibilidad real de revertir el estatus del derecho fundamental y de su titular al momento previo de la lesión, esto es, excluyendo que se pueda convalidar o subsanar el acto sin afectar su sanción de nulidad radical¹⁸. De tal forma que la exigencia de efectiva violación del derecho fundamental deberá estar sustentada en una fundamentación jurídica que excluya la solución en sede de la legalidad ordinaria para situarla en el juicio de constitucionalidad, cuyo núcleo del debate sean los derechos fundamentales garantizados, su efectiva lesión y que sea atribuida de forma relevante e inequívoca al acto administrativo.

15 MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., «Derechos fundamentales y Constitución», *ob. cit.*

16 SSTC 6/1981, de 6 de marzo y 37/1987, de 6 de marzo, entre otras

17 Dictámenes del Consejo de Estado 3221/2000 y 3226/2000, de 26 de octubre, por todos.

18 «*La vulneración de derechos fundamentales, como infracción muy cualificada del acto administrativo, explicita la denuncia de un actuar de la Administración que omitiría el respeto a los mínimos esenciales en un Estado de Derecho. La trasgresión de derechos fundamentales supera todo estándar común y razonable de aceptación sin una reacción por parte del administrado respecto a los actos administrativos, y no requiere un conocimiento preciso del ordenamiento para advertir de la existencia de la lesión*» FLIQUETE LLISO, E., «La revisión de oficio de los actos nulos por infracción de los derechos fundamentales: doctrina del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana», *ob. cit.* pág. 162.

II. EL *NON BIS IN IDEM* COMO DERECHO FUNDAMENTAL EX ART. 25.1 C.E.

Siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional, 189/2013, de 7 de noviembre, «*Por la prohibición del bis in idem (...) se impide que de nuevo se sancionen administrativamente hechos ya castigados en aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, siempre que concurra la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos: lógica consecuencia de la incontrovertida traslación de las garantías del proceso penal al proceso administrativo sancionador, y a cuyo respecto tenemos reiterado, ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero, que el principio non bis in idem veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4). La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 159/1985). Como se ha dicho por este Tribunal por todas la STC 188/2005, de 7 de julio ...los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE “consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento”.*»

Evidenciándose que la prohibición de *bis in idem* se configura como un contenido del derecho fundamental del principio de legalidad penal¹⁹ del art. 25.1 CE: «*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según*

¹⁹ La Sentencia Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre recuerda que «*Según consolidada jurisprudencia constitucional, que se inicia en la STC 2/1981, ha de entenderse implícitamente incluido el principio non bis in idem en el art. 25 C.E., como íntimamente vinculado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del sancionado*». No obstante, Cano Campos evidencia la existencia de críticas a tal incardinación: «*Tampoco está del todo claro el fundamento de la prohibición y su naturaleza jurídica. El TC desde sus primeras sentencias vinculó claramente el non bis in idem al principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la CE, pero esta posición, que goza del cómodo status de «doctrina dominante», ha sido objeto de numerosas críticas. Su conexión con los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad parece clara, por lo que numerosos autores ven en tales principios el auténtico fundamento del non bis in idem, el que estaría en la base de todas sus manifestaciones, mientras que su naturaleza de derecho fundamental por su conexión con el principio de legalidad sólo sería predicable de alguna de sus vertientes, en concreto de la que prohíbe la doble sanción*» CANO CAMPOS, T. «non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001, pág. 192.

En todo caso la cualificación como derecho fundamental que efectúa el Tribunal Constitucional es, en esencia, coincidente con la que efectúan los convenios internacionales sobre derechos humanos: «*El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el art. 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) –hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España (“Boletín Oficial del Estado” de 30 de abril de 1977)– dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya con*

la legislación vigente en aquel momento», pero no expresamente pues no se encuentra nominativamente citado en el transcrito art. 25.1 siendo cualificado como derecho fundamental por el Tribunal constitucional por vía interpretativa²⁰.

Es requisito para poder apreciar la duplicidad que prohíbe el art. 25.1 CE que se produzcan la triple identidad sujetos, hechos y fundamentos entre ambas sanciones (administrativas y penales) que exige la doctrina constitucional²¹. Por otra parte la duplicidad se entiende proscrita en el terreno de la aplicación del derecho sancionador pero no en el ámbito de su creación²²: «*El principio non bis in idem*

denado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. 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)» Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003.

20 Sentencia Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre: «*Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanar del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.*»

21 Sentencia Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero: «*El principio general del 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 fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc..., – que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.*»

22 «*El non bis in idem no se mueve tanto en el ámbito de la creación del Derecho sancionador cuanto en el de su aplicación, pues más que impedir que un determinado comportamiento se encuentre tipificado de forma simultánea en varios preceptos como delito o infracción administrativa, algo que en ocasiones será inevitable, lo que prohíbe es la aplicación conjunta de tales preceptos al comportamiento en cuestión. La prueba de que en ocasiones es inevitable que un mismo comportamiento pueda subsumirse en dos o más normas sancionadoras nos la ofrece el CP al regular el concurso de normas (art. 8: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código [...]») o la propia LAP cuando prohíbe sancionar los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente (art. 133), pues tales previsiones sólo tienen sentido si se parte de la posibilidad de que dos o más normas tipifiquen como delito e infracción administrativa los mismos hechos. En cualquier caso, en el tema subyace un problema de técnica legislativa, pues si el legislador abandonara su actual hipertrofia sancionadora, trataría de incorporar elementos diferenciadores en la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, respetaría*

determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado²³».

En su virtud, nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho, siendo el castigo manifestación del *ius puniendi* del Estado y, por ello, ejercicio directo del poder ante la comisión del ilícito. Así si el ilícito es uno, en cuanto lesiona un bien jurídico, el castigo por tal ilícito solo puede ser uno y previsto en ley²⁴. Una cuestión diferente es que el ilícito se configure en los diferentes ámbitos del sistema punitivo –bien penal, bien derecho administrativo sancionador–, o incluso en el mismo ámbito –hechos subsumibles en diferentes tipos penales o diferentes supuestos de infracción administrativa–, y que, por tales configuraciones, puedan existir normativamente, en los dos ámbitos punitivos, dos sanciones teóricamente aplicables a un mismo ilícito. Pero cuando se materializan varias sanciones, esto es, desde el mismo momento en que se produce la duplicidad, se vulnera el derecho fundamental, y, asimismo, se hace inexcusable la desaparición de uno de los actos sancionadores, para evitar el mantenimiento de la situación trasgresora.

el principio de ultima ratio del Derecho penal, reservando al mismo los comportamientos y las respuestas más graves del ordenamiento sancionador, y hubiera, en fin, una mayor coordinación entre las distintas instancias competentes para aprobar normas sancionadoras, el solapamiento y la convergencia de éstas sería mucho menor, reduciéndose así, considerablemente, el campo de aplicación del non bis in idem y los problemas que el mismo plantea». CANO CAMPOS, T. «non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *ob. cit.*, pág. 194.

23 Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre.

24 Sentencia Tribunal Constitucional 154/1990, de 15 de octubre: «Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero ello no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a ordenes jurídicos sancionadores diversos. El principio non bis in idem es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como «autosuficiente» desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infringirse al condenando una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido».

III. LA DIMENSIÓN MATERIAL Y PROCESAL DEL PRINCIPIO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

¿Cuándo se produce la duplicidad? La duplicidad exige de una primera sanción, y de otra coetánea o posterior, que sancione al mismo sujeto, por los mismos hechos, y con la misma fundamentación²⁵. No obstante, la duplicidad no se rige por el principio temporal, puesto que el primer acto sancionador no necesariamente va a ser el acto válido, respecto al posterior que generará la duplicidad. Y ello porque existe una jerarquía constitucionalizada entre sanción administrativa y sanción penal, que va a determinar la expulsión del acto sancionador jerárquicamente sometido al otro acto sancionador. El acto susceptible de ser expulsado del mundo jurídico no es el primero –o el segundo–, sino el resultante de la prioridad del orden penal respecto al administrativo sancionador.

La prevalencia de la sanción penal respecto a la administrativa resulta afirmada por el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias²⁶: *«Podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la Autoridad judicial»*. Subordinación que se predica de los actos sancionadores de la Administración respecto a la actuación jurisdiccional.

Y no se refiere al ejercicio de la heterotutela jurisdiccional fiscalizadora del acto sancionador emanado de la Administración –que se predica en el art. 106.1 CE²⁷–, pues no se trata de la afirmación de la potestad de control de legalidad de la previa actuación administrativa –cuya última *ratio* se encuentra en la decisión judicial sobre conformidad a Derecho–, la cual prevalece sobre la autotutela de legalidad

²⁵ *«La regla parte para su aplicación de las denominadas tres identidades: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento. La identidad de fundamento alude a los bienes jurídicos implicados: si el hecho de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos (o el mismo bien varias veces) no hay identidad de fundamento y, por tanto, cabe la duplicidad de sanciones. Por consiguiente el supuesto del que parte la regla no es el nudo hecho, sino el hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico; es decir, el ilícito o la infracción. En realidad, lo que se viene a decir con este entendimiento del principio es que no cabe imponer dos sanciones por una sola vulneración del ordenamiento jurídico, por la comisión de una única infracción. El supuesto de hecho de la norma –el idem– sería la infracción; la consecuencia jurídica –el bis–, la sanción»* CANO CAMPOS, T. «non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador», *ob. cit.*, págs. 195 y 196.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3º.

²⁷ Artículo 106 CE: *«1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»*.

de la Administración²⁸ por el mandato constitucional. Se trata de la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de actuar el derecho en materia penal y de una prevalencia general de sistema punitivo penal respecto al sistema sancionador administrativo que se justifica en el propio valor superior de la heterotutela y la cosa juzgada. Siguiendo a MONTERO, «*La potestad jurisdiccional se diferencia porque no se ejercita como desarrollo de una posición jurídica material de la que los órganos jurisdiccionales sean titulares, sino puramente actuando el Derecho respecto a situaciones jurídicas materiales correspondientes a otros sujetos. Es, pues, una mera potestad de actuación del Derecho que encuentra en esa sola función su justificación plena*²⁹» que conduce a la afirmación sobre la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la potestad de actuar el Derecho por vía de heterotutela.

De esta atribución deberá colegirse la subordinación de los actos de la Administración al imponer sanciones a la autoridad judicial, tanto en ejercicio de la facultad jurisdiccional revisoria como en el caso de que se produzca duplicidad, pues tal subordinación «*exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial 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; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada*». Y es en la cosa juzgada donde encuentra fundamento constitucional: «*La cosa juzgada despliega un efecto positivo de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema*³⁰».

Sin embargo, la lectura del art. 133 de la Ley 30/1992 parece privilegiar el criterio temporal para la resolución de situaciones de concurrencia de sanciones por los mismos hechos: «*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados*

28 Artículo 103 CE: «*1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*»

29 ORTELLS RAMOS, M., «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española», *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº3, 1984-1985, Universidad de Extremadura, pág. 448.

30 Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3º, *ob. cit.* También la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991: «*(...) para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria, impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal, es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (...). El interés legítimo de la Administración en su conjunto es el de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 de la 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 del 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.*».

penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Resulta de tal dicción que la sanción posterior de unos hechos ya sancionados está proscrita, pero con independencia de que se trate de una previa sanción penal o administrativa. Las premisas que se deducen de tal textual son:

1.- Existencia de unos hechos que ya han sido sancionados en vía penal o en sede administrativa.

2.- Existencia de un posterior trámite sancionador respecto a hechos ya sancionados.

3.- Identidad de sujeto, hecho y fundamento, entre los que conforman la primera sanción y los que integran el trámite sancionador posterior.

4.- Consecuencia jurídica: prohibición de la segunda sanción.

La utilización del término “*hayan sido sancionados*” no deja entrever más criterio que el temporal en la determinación de la sanción que debe subsistir en caso de duplicidad, pues lo hace sin discriminación alguna respecto a la sanción penal y la administrativa. Ello con fundamento en la firmeza y vinculación de los hechos contenidos en resolución firme previa. Lo prohibido es la reiteración: «*La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 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, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3)³¹».*

Pero, según se ha expuesto, el eventual conflicto entre la previa sanción penal y una hipotética segunda sanción administrativa, se debe resolver no por la justificación de firmeza de la primera respecto a la segunda *non nata*, sino por la prevalencia jurídico constitucional de la sanción penal sobre la sanción administrativa.

Tampoco el enunciado del art. 133 da respuesta a otras situaciones de duplicidad. Específicamente ante la inexistencia de firmeza de la previa sanción, esto es, cuando no haya recaído resolución firme en ninguna de las posibles sanciones en curso sobre el mismo hecho –de forma que no exista previa firmeza de una, ni prevalencia temporal– que obligaría a la suspensión de uno de los dos procedimientos sancionadores, hasta que recayese sanción firme en el otro. Una situación que con-

31 Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003, *ob. Cit.*

duce a la necesidad de determinar cuál de los trámites sancionadores debe tener prevalencia y por ello continuar hasta su resolución firme, frente al otro procedimiento que deberá suspenderse. Y para ello, la vertiente procesal del principio *non bis in idem* determina la subordinación de la actuación administrativa respecto a la judicial, en caso de conflicto, de tal forma que todas las actuaciones sancionadoras de la Administración deberán suspenderse hasta que recaiga sentencia firme en sede penal, por los mismos hechos, sujetos y fundamento.

Siguiendo con la literalidad del art. 133 de la Ley 30/1992, es posible la existencia de dos procedimientos sancionadores simultáneos, pues en el textual del meritado precepto «*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente*» la prohibición se refiere a la existencia de la segunda sanción y la efectiva aplicación de la misma, pero no a la génesis de la misma, esto es, a la existencia de un procedimiento sancionador capaz de determinar si puede imponerse la sanción prevista para un hecho típico. La imposición de la sanción es el último acto del procedimiento sancionador, de tal forma que podrá existir procedimiento sancionador pero no podrá concluir sancionando, aunque se produzca el supuesto de hecho infractor sancionable. Un hecho infractor sin sanción. En consecuencia es posible que existan dos procedimientos sancionadores, sin incurrir en la prohibición material de *non bis in idem*.

Sin embargo es la dimensión procesal del principio *non bis in idem* la que conduce a la prevalencia del procedimiento penal respecto a la vía administrativa sancionadora y a la necesaria suspensión de los trámites en sede administrativa, hasta que se obtenga el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales. En el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana núm. 96/2000, de 16 de marzo, se pone de manifiesto el ámbito de afección procedimental del *non bis in idem*, y se relaciona con las excepciones de litispendencia y cosa juzgada, para, a partir de tales premisas, culminar con la procedencia de suspensión del procedimiento en sede administrativa, cuando concurre simultáneamente con un proceso judicial sobre la misma cuestión³². Necesaria suspensión que debería cursar con los efectos

³² Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana, 96/2000, de 16 de marzo de 2000: «*Con carácter previo al análisis de cualquier otro aspecto procede examinar la situación de pendencia jurisdiccional que afecta al expediente que se somete a consulta. Para ello, conviene recordar que existe un principio general, consagrado por las leyes procesales y reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud del cual cuando una determinada cuestión se encuentra "sub iudice", sometida al conocimiento de un Juez o Tribunal, ningún otro órgano jurisdiccional puede entrar a conocer el mismo asunto. El fundamento de ello radica en el principio "non bis in idem", que se concreta en las excepciones de litispendencia, -que impide otro proceso simultáneo sobre la misma cuestión-, y la excepción de cosa juzgada, -que excluye cualquier otra resolución sobre lo ya decidido-. La regla de "cierre procesal" y absorción plena de toda la competencia para conocer de una cuestión por parte del juzgador, debe aplicarse igualmente a los procedimientos administrativos y, en especial, al procedimiento de revisión de oficio. Ello es así, puesto que la necesidad de ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios es perfectamente aplicable a los procedimientos administrativos. En este sentido cabe invocar la doctrina del Consejo de Estado, manifestada, entre otros, en sus dictámenes 49/1993, 51/1994 y 66/1995. Con arreglo a lo expuesto, la litispendencia puede ser alegada y debe prosperar en sobre la legalidad o no del acto cuya revisión de oficio se pretende, se encuentra pendiente de resolución un recurso interpuesto ante los Tribunales correspondientes». los procedimientos de revisión de oficio siempre que se acredite que sobre la misma cuestión, es decir,*

de la infracción del principio *non bis in idem* en caso de incumplimiento. No obstante, la duplicidad de procesos o más propiamente, procedimientos, no afecta al ámbito material del citado principio, y por ello, la falta de suspensión no es, en puridad, una lesión del derecho fundamental del art. 25.1 CE, en la medida que no supone que se impida el ejercicio de tal derecho –que solo en su vertiente material de no imposición de dos sanciones por el mismo hecho tiene su contenido esencial y encuentra cobijo en sede del mecanismo protector del derecho fundamental–.

Por otra parte, la legislación positiva ha optado por ordenar la suspensión del procedimiento sancionador cuando concurre con un proceso penal. El artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, (en adelante Real Decreto 1398/1993) recoge la previsión textualmente³³, obligando a suspender el procedimiento sancionador si los hechos pudieran ser constitutivos de ilícito penal, comunicándolo al Ministerio Fiscal, solicitando testimonio de las actuaciones practicadas tanto al Ministerio Fiscal como al órgano judicial encargado del proceso penal.

También la legislación sectorial ha incluido dicha previsión. Sirva como ejemplo el art. 245.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana –norma no vigente–: «*Cuando con ocasión de la tramitación de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística se desprendan indicios del carácter de ilícito penal del hecho, el órgano instructor del expediente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal a efectos de la exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, suspendiendo la tramitación del expediente administrativo entre tanto no recaiga resolución del Ministerio Fiscal o resolución judicial firme. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, pero no la adopción de las medidas de restauración de la legalidad y de la realidad física alterada (...)*». Norma que fue invocada en el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana núm. 178/2015, de 12 de marzo, para declarar la nulidad de pleno derecho de una sanción urbanística por haber recaído condena penal por los mismos hechos, si bien tal nulidad se predicó por la causa del 62.1 f) Ley

33 Artículo 7. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal:

«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».

30/1992, ya que se trataba de un acto contradictor con norma expresa y desde tal causa se argumentó la vía revisoria³⁴.

En todo caso, ante la concurrencia de procedimientos, va a ser exigible la suspensión de uno de ellos, hasta que concluya el otro. Y sólo en el caso de que el procedimiento concluya sin la imposición de sanción, se podría alzar la suspensión del otro. Sin embargo, no en todo supuesto en el que el primer acto resolutorio concluye no imponiendo la sanción cabría la continuación del procedimiento suspendido. El contenido del acto resolutorio del primer trámite sancionador resultará a estos efectos determinante: si en éste se efectúa un relato de hechos probados que desvirtúa la comisión del tipo infractor, y estos hechos configuran a su vez el tipo infractor de la sanción cuyo trámite está suspendido, la no imposición de sanción previa no determina la posibilidad de sancionar en el trámite suspendido, pues el relato fáctico firme condiciona –tanto como cosa juzgada en el ámbito penal como por presunción de legalidad *iuris tantum* del acto administrativo sancionador no desvirtuado–, a los hechos objeto del segundo procedimiento suspendido.

Igualmente, solo cabrá la continuación del procedimiento suspendido si el pronunciamiento firme sobre no imposición de sanción en el primer procedimiento no desvirtúa los hechos que configuran el tipo infractor. Bien porque aun considerándolos probados no llegasen a completar el tipo o por concurrir circunstancias modificativas que impiden condenar; bien por no haber sido necesario considerar el relato fáctico para poder resolver por la concurrencia de cuestiones procedimentales que hayan impedido un pronunciamiento de fondo –*ad exemplum*, prescripción, defectos de postulación, legitimación, etc.–. En estos supuestos que se han citado, la no imposición de sanción previa permite que continúe el segundo procedimiento sin óbice inicial a una resolución sancionadora.

34 Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana 178/2015, de 12 de marzo: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 245.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (actualmente derogada por la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de Comunidad Valenciana pero aplicable al supuesto que ahora se analiza –tempus regit actum–), “Cuando con ocasión de la tramitación de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística se desprendan indicios del carácter de ilícito penal del hecho, el órgano instructor del expediente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de la exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, suspendiendo la tramitación del expediente administrativo entre tanto no recaiga resolución del Ministerio Fiscal o resolución judicial firme. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, pero no la adopción de las medidas de restauración de la legalidad y de la realidad física alterada (...) En puridad, cuando el 20 de noviembre de 2012 se dio traslado a la Fiscalía de los informes municipales relativos a aquella infracción urbanística debió suspenderse el procedimiento sancionador, del que solo faltaba culminar con la Resolución cuya revisión ahora se insta. El procedimiento de ejecución de dicha sanción si fue suspendido mediante Resolución de Alcaldía de 31 de marzo de 2014 “hasta que se dicte resolución judicial firme”, habida cuenta que la interesada aportó al procedimiento Auto de incoación de procedimiento abreviado dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Llíria de 24 de enero de 2014. Por todo lo expuesto, estima este Consell que procede la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno Derecho de la Resolución 3833/2012 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Riba-roja de Túria de 12 de diciembre de 2012 por la que se le impuso una sanción urbanística a la Sra. Sendra».

Las pautas de actuación expuestas, responden a la situación en la que concurre un trámite sancionador administrativo con uno penal. Con la prevalencia de la sanción penal sobre la administrativa, y del trámite penal sobre el administrativo, quedan salvadas las situaciones donde ambos órdenes están en posición de sancionar una misma conducta³⁵.

Pero tales criterios no resuelven los que pueden plantearse respecto a la concurrencia de dos trámites administrativos sancionadores, donde el mismo hecho puede resultar sancionable a través de dos o más tipos infractores, incluso por parte de diferentes Administraciones y respecto a normas dispares emanadas de diferentes títulos competenciales. Pues debe entenderse que el textual del art. 133 admite la posibilidad de que existan dos normas punitivas –bien penales o bien administrativas– que puedan sancionar el mismo hecho típico, por lo que su existencia no constituye –*ab initio*– una infracción ni del principio de jerarquía ni de competencia o, lo que es lo mismo, jurídicamente resultará admisible la duplicidad normativa sancionadora sobre un mismo hecho. En el mismo concepto de *non bis in idem* resultaría ínsita la admisibilidad de dos normas que coexisten sin tacha de nulidad en el ordenamiento, tipificando el mismo supuesto de hecho y sancionándolo.

El caso de posible concurrencia de dos procedimientos administrativos sancionadores, no puede resolverse desde la lógica prelación del orden penal –ya que no entra en conflicto–. Las posibles soluciones para poder determinar un criterio de prelación entre las sanciones administrativas, pasarían por ser:

a.- Criterio de mayor gravedad del tipo infractor respecto al menor. Ya que no debería imponerse la menor sanción una conducta para excluir la más grave por aplicación del principio *non bis in idem*, si la ley prevé también la mayor sanción. La sanción más grave absorbería la más leve pues ese es el criterio que se aplica cuando se trata del mismo sistema sancionador, y es el consagrado en el Código penal para

³⁵ No obstante, la prevalencia penal no es absoluta. Existen diferentes pronunciamientos donde no se considera vulnerado el principio *non bis in idem* cuando a la sanción administrativa ya impuesta se le suma sanción penal. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003, *ob. cit.*, confirmó en Amparo que descontar lo satisfecho como sanción administrativa en fase de ejecución de la Sentencia penal condenatoria por los mismos hechos –afirmando la validez de ambas resoluciones sancionadoras, administrativa y penal, pero absorbiendo la administrativa en la penal–, no supone una infracción del principio *non bis in idem*: «Atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –*bis*– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto».

las situaciones de concurso ideal de delitos³⁶. En el caso de sistemas punitivos dispares –amparados en diferentes normas e incluso en el ejercicio de diferentes competencias³⁷– resulta lógica la traslación de los principios y garantías del proceso penal al proceso administrativo sancionador. Y así, el art. 4 del Real Decreto 1398/1993, dispone, en su apartado 4 que *«En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida»*. El criterio de mayor gravedad para la prevalencia de un procedimiento sancionador sobre otro, determinará la suspensión del procedimiento cuyo tipo infractor implique una sanción menor y la consiguiente continuación del procedimiento sancionador en el cual la sanción prevista sea mayor hasta su resolución. La imposición de la sanción mayor impedirá una segunda sanción menor por hechos ya sancionados. Y por el contrario la no imposición de la mayor sanción permitirá el trámite sancionador por tipo infractor de sanción más leve.

b.- Criterio temporal: ratio que parece deducirse del textual del art. 133 de la Ley 30/1992, al afirmar la prevalencia del procedimiento que haya impuesto primero la sanción excluirá el posterior procedimiento. De tal dicción, podría sostenerse la suspensión del trámite sancionador que esté en el momento procedimental más retrasado en pro del trámite que se encuentre más avanzando. Tal solución es la adoptada por el Real Decreto 1398/1993 en el art. 4, 6º, para las infracciones continuadas: *«No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo»*. También el art. 5 de la misma norma, sobre la concurrencia de sanciones, reitera lo dispuesto en el art. 133 de la Ley 30/1992 y hace suya la prevalencia del trámite más avanzado –pues más avanzado es el que ya ha impuesto la sanción, y finalizado, respecto a aquel que aun no ha resuelto– en los siguientes términos: *«1. El órgano compe-*

36 Artículo 77 Código Penal:

«1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.»

37 *«Una ponderación similar fue efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 30 de julio de 1998 en el caso Oliveira (§ 27) –junto a la calificación del caso como concurso ideal de infracciones– para declarar que no se había lesionado el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, al afirmar que «esta disposición no se opone a que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes, ... y ello en menor medida en el caso en el que no ha tenido lugar una acumulación de penas sino la absorción de la más leve por la más grave» Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003, ob. cit.*

tente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de 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».

IV. SOLUCIONES EN VÍA ADMINISTRATIVA ANTE LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Pero, una vez que se advierte la existencia de duplicidad de resoluciones sancionadoras que cumplen la triple identidad -hechos, fundamento y sujeto- en sede administrativa, se debe proceder desde el entendimiento de que estamos ante una infracción muy cualificada del ordenamiento, ya que dicha duplicidad supone la lesión del derecho fundamental del art. 25.1 CE, y, por ello, deben desplegarse los mecanismos específicos para la protección de los derechos fundamentales que se articulan en la norma de procedimiento. Por una parte, los ordenados a calificar dicha lesión como susceptible de causar la nulidad de pleno derecho del acto que impone la sanción. Y por otra parte, los mecanismos para preservar el derecho fundamental lesionado que, en esencia, supone la aplicación de los efectos que la ley 30/1992 irroga a la calificación del acto nulo de pleno derecho.

El trámite *ad hoc* para el supuesto de nulidad de pleno derecho, es el de la revisión de oficio de los actos nulos, que se prevé en el art. 102 de la Ley 30/1992: «1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.». Sin embargo, tal procedimiento coexiste con el previsto en el art. 105.1 de la misma ley sobre la revocación de actos: «Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico».

Si nos encontramos ante una lesión de derechos fundamentales, que en virtud del art. 62.1. a) de la Ley 30/1992 determina la nulidad de pleno derecho del acto, el trámite revisorio resulta idóneo para declarar dicha nulidad. Pero, por su parte, la revocación del art. 105 atiende a criterios de oportunidad, y ello sin perjuicio de que el mismo trámite de revisión de oficio es en ocasiones conceptualizado como una revocación fundada en motivos de legalidad³⁸. El Tribunal Supremo, por otra parte, incide

³⁸ El Consejo de Estado, en su Dictamen 5356/1997: «Se viene considerando aplicable este artículo -105 Ley 30/1992-, en el ámbito de los actos de gravamen o desfavorables tanto a la revocación por motivos de legalidad como de oportunidad. El ámbito de la revocación por motivos de legalidad sería aquel en que el acto es anulable o contiene cualquier infracción del ordenamiento jurídico, no el de los actos nulos de pleno derecho que ha de ser el 102, extremo éste que ha de quedar establecido, con claridad y precisión, en la norma proyectada».

en el carácter graciable de la revocación en su Sentencia de 25 de marzo de 2015 «*La revocación sólo puede acordarse de oficio y de modo graciable por la Administración*» para situar la revocación como acto sometido al criterio de oportunidad «*la revocación de actos firmes de gravamen no es una alternativa a los recursos ordinarios, y así lo refleja nuestra sentencia de 11 de julio de 2001 «...la potestad de revisión que el artículo 105 de la Ley 30/92 concede a la Administración para los actos de gravamen o desfavorables no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad. La petición de revisión no puede ser ocasión para discutir si el acto de gravamen se ajusta o no al ordenamiento jurídico, pues ello sólo puede hacerlo el interesado impugnando en tiempo y forma el acto discutido*».

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2014, efectúa una precisión conceptual entre la revisión de oficio y la revocación, a partir de la incidencia del acto susceptible de ser revisado en la esfera de los derechos de los destinatarios, llegando a la afirmación de que los actos favorables son esencialmente irrevocables y por ello, tan solo pueden ser revisados por motivos de legalidad en los supuestos y de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992. Por su parte, los actos desfavorables pueden ser revocados por vía del art. 105 de la misma ley fundada en oportunidad o de conveniencia para el interés público³⁹.

39 Sentencia del Tribunal Supremo Sala Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 2014: «*El Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento administrativo común, bajo el título genérico “revisión de oficio”, regula figuras heterogéneas sujetas a un diferente régimen jurídico, dependiendo de si los actos cuya revisión se pretende son favorables o de gravamen. Así, mientras los actos declarativos de derechos, los que reconocen una situación de ventaja para sus destinatarios, son irrevocables, como corolario del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, y tan solo pueden ser revisados por motivos de legalidad en los supuestos y de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos 102 y 103 de dicha norma. Por el contrario, el art. 105 de dicha norma permite la revocación de los actos desfavorables o restrictivos de derechos por razones de oportunidad o conveniencia para el interés público, estableciéndose tan solo a unos límites generales -inspirados en el intento de evitar una dispensación singular del ordenamiento jurídico, el diferente trato ante situaciones iguales, el perjuicio al interés público o una forma encubierta de infringir el ordenamiento jurídico (“siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”)-, no está sujeta a plazo (“en cualquier momento”) ni a un determinado procedimiento. En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico permite la supresión de un acto restrictivo de derechos con menos cautelas, competenciales y de fondo, que las previstas para la revisión de actos favorables. La aplicación de uno u otro régimen jurídico -revisión de oficio o revocación- depende pues de la incidencia objetiva -positiva o negativa- que el acto administrativo tenga en la esfera de los derechos y bienes de los destinatarios. Pero su consideración como acto favorable o restrictivo, a los efectos de la aplicación del diferente régimen jurídico diseñado para su revisión, no puede depender de la apreciación subjetiva del destinatario sino del contenido objetivo del acto mismo, pues, en caso contrario el régimen competencial, procedimental y de fondo, estaría condicionado por el puntual interés subjetivo del destinatario, que incluso podría ser cambiante y diverso por la concurrencia de voluntades subjetivas contrapuestas cuando el acto afecta a diferentes interesados, lo cual resultaría contrario al principio de seguridad jurídica».*

Y en el concepto de actos desfavorables tienen cabida, lógicamente, las sanciones⁴⁰, lo que lleva a plantear el procedimiento de revocación del art. 105 como el trámite específico para preservar el derecho fundamental lesionado por haber violado el principio de *non bis in idem*, y cuya incidencia constitucional lleva implícito el interés público que debe concurrir en la revocación⁴¹.

Ésta posición es la mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1538/1992, de 17 de diciembre, tesis que ha asumido el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana en Dictamen 621/2015 de 5 de noviembre, resolviendo la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de una sanción por la causa del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, al haberse infringido el principio *non bis in idem*, optando por la revocación de la sanción, en lugar de su declaración de nulidad de pleno derecho por la revisión de oficio: «(...) En el presente caso resulta una identidad fáctica de los hechos determinados en el procedimiento administrativo sancionador con los hechos probados en el proceso penal, que se corresponden con una identidad en el fundamento de la sanción (...) Así pues, y conforme a lo expuesto, al constituir la Resolución sancionadora un acto de gravamen contrario a Derecho procedería su revocación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, apreciando su disconformidad con el ordenamiento jurídico⁴²».

⁴⁰ «De ahí que el problema se centre, en primer lugar, en determinar si las sanciones son actos de gravamen o desfavorables (a los que se pueden aplicar; por tanto, las previsiones de la Ley 30/1992). La respuesta es clara: las sanciones constituyen uno de los supuestos tradicionales de actos restrictivos (si es que no son el acto restrictivo por antonomasia). Lo cual viene confirmado por la doctrina especializada que, con carácter general, aplica esta calificación». SANZ RUBIALES, I., «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 148. Enero-abril 1999, pág. 375.

⁴¹ «La causa de interés público justificadora de la revocación debe ser sobrevenida y distinta de la que legitimó la imposición de la sanción: puede derivar de un cambio de circunstancias fácticas o, incluso, de un cambio legislativo que conlleve la desaparición del tipo de la infracción cuya consecuencia jurídica es la sanción (en este sentido, resulta perfectamente justificable –desde la perspectiva del interés público– la revocación de una sanción impuesta por un comportamiento que ha dejado –por modificación de la normativa correspondiente– de constituir infracción administrativa); en todo caso, se trata de un cambio en el interés público producido después de dictarse el acto y que aconseja la extinción de éste. De dicha causa de interés público legitimadora debe quedar constancia en el procedimiento administrativo (informes, alegaciones, motivación, etc.)». SANZ RUBIALES, I., «Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad», *ob. cit.*, pág. 378.

⁴² Dictamen núm. 621/2015 de 5 de noviembre del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana: «Ahora bien, la nulidad parcial de tal Resolución plantea determinadas dificultades en tanto que habría que recurrir a una nulidad sobrevenida, por cuanto que en la fecha de tal Resolución administrativa no se hallaba afectada ésta de nulidad alguna, es decir, se hallaba ajustada absolutamente al principio de legalidad, y por ello parece forzado recurrir a la revisión por nulidad del acto, puesto que, como ya se ha dicho, el procedimiento de nulidad es un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992.

Únicamente en la causa 1 a) del artículo 62 de la citada Ley 30/1992 podría tener acogida el presente caso, sin embargo, al igual que hizo el Consejo de Estado en su Dictamen número 1538/1992, aprobado el 17 de diciembre, este Órgano consultivo considera que puede la Administración proceder de oficio a la revocación del acto, al tratarse de un acto de gravamen contrario al ordenamiento jurídico. En efecto, en un supuesto fáctico idéntico, en el que se había instado un recurso extraordinario de revisión, el mencionado Dictamen del Consejo de Estado decía: “...el ordenamiento jurídico español acoge como principio general del Derecho (con la eficacia normativa que le atribuye el artículo 1 del Código Civil a dicha fuen

RESUMEN

En el ámbito de las causas para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, que ya de por sí tienen una aplicación restrictiva, reviste especial complejidad la correspondiente a la nulidad radical provocada por la doble imposición de una sanción por el mismo hecho infractor: una en sede administrativa como consecuencia del trámite sancionador, y, la otra, como pena establecida en Sentencia firme en la jurisdicción penal. Tal complejidad tiene su materialización en la existencia de una primera sanción administrativa, inicialmente conforme a derecho que, por el posterior pronunciamiento condenatorio de la jurisdicción penal sobre los mismos hechos, deviene en nula por vulnerar el principio de *non bis in idem*, proclamado en el art. 25 CE como parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad penal.

PALABRAS CLAVE: Nulidad de pleno derecho – Derechos fundamentales – *Non bis in idem* – Revisión de oficio – Revocación acto.

ABSTRACT

In the area of the causes for the declaration of nullity of administrative acts, which already have a restrictive application, particularly complex corresponding to the nullity caused by the double imposition of a sanction for the same offense offender: one on administrative headquarters as a result of disciplinary proceedings, and the other, as a penalty established by a final judgment in the criminal courts. Such complexity has its realization in the existence of a first administrative penalty, ini-

te de producción jurídica) el de “non bis in idem” que, como ha sentado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 22 de abril de 1991, prescribe la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales de Justicia y, a la vez, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, principio que el Tribunal Constitucional encuentra vinculado a los de legalidad y tipicidad de las infracciones penales y administrativas acogidas por el artículo 25 de la Constitución.”

Así viene recogido por el Tribunal Constitucional en diversas de sus sentencias: “La garantía material de no ser sometido a «bis in idem» sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, F. 4; 66/1986, F. 4; 154/1990, F. 3; y 204/1996, F. 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; 177/1999, de 11 de octubre, F. 3 y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, F. 2), 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...” (STC 2/1003, de 16 de enero (FJ 3”).

En el presente caso resulta una identidad fáctica de los hechos determinados en el procedimiento administrativo sancionador con los hechos probados en el proceso penal, que se corresponden con una identidad en el fundamento de la sanción, es decir, la persona sancionada portaba por la vía pública un animal potencialmente peligroso que se hallaba en condiciones de causar un mal, como así ocurrió al atacar a otro animal causándole la muerte. Así pues, y conforme a lo expuesto, al constituir la Resolución sancionadora un acto de gravamen contrario a Derecho procedería su revocación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, apreciando su disconformidad con el ordenamiento jurídico.”

tially lawful, on the back damning pronouncement of criminal jurisdiction on the same facts, it becomes void for violating the principle of non bis in idem, enshrined in art. 25 EC as part of the fundamental right to legality.

KEYWORDS: Incurably nullity – Fundamental rights – “Non bis in idem” principle – Administrative revision – Revocation.

