

Dino Carlos Caro Coria (Perú) *

El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1. Generalidades

1. Los alcances y efectiva vigencia del principio de *ne bis in idem*¹ corresponden a un ámbito poco estudiado en el derecho penal peruano. Pese a que la doctrina administrativa,² penal³ y procesal penal⁴ viene destacando su trascendencia desde los años noventa, el reconocimiento legal de este principio ha sido menos rápido, y si bien ahora puede decirse que la legislación ordinaria —en particular el artículo 230.10 de la Ley

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal y coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP. <ccaro@ccm.com.pe>.

¹ Un sector de la doctrina se refiere al principio de *non bis in idem*, rótulo que reproduce el artículo 230.10 de la Ley n.º 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como expone Julio B. J. Maier (*Derecho procesal penal I*, 2.ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 596, nota 234), el carácter imperativo de este principio sólo queda expresado con el latinazgo *ne bis in idem*.

² Jorge Danós Ordóñez: “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública”, en *Ius et Veritas* 10/1995, p. 155; Tania Zúñiga Fernández: “La potestad sancionadora de la administración pública”, en *Revista Jurídica del Perú*, abril de 2000, p. XV.

³ Manuel Abanto Vásquez: *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima: Idemsa 1997, pp. 185-186; *Derecho penal económico. Parte especial*, Lima: Idemsa, 2000, pp. 489-493; Dino Carlos Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, Lima: Gráfica Horizonte, 1999, p. 123-129; José Urquiza Olaechea: *El principio de legalidad*, Lima: Gráfica Horizonte, 2000, pp. 131-143; Luis Reyna Alfaro: *Manual de derecho penal económico. Parte general y parte especial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2002, pp. 221-223. José Reaño Peschiera: *Derecho penal bursátil*, Lima: Gráfica Horizonte, 2002, pp. 110-120.

n.º 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y el artículo III del nuevo Código Procesal Penal (CPP2004), aprobado mediante el decreto legislativo n.º 957— le otorga un adecuado desarrollo, acorde con la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) de 16 de abril de 2003 dictada en el expediente n.º 2050-2002-AA/TC, no puede predicarse lo mismo de la legislación administrativa y menos de la práctica sancionatoria de los órganos administrativos y de la jurisdicción penal.

En este contexto, aunque el Tribunal Constitucional (TC) ha fijado los grandes lineamientos sobre la prohibición de la persecución y la sanción múltiples, es aún necesario establecer reglas claras sobre el comportamiento que deben observar los poderes públicos, en particular la administración, para que los alcances del *ne bis in idem* material y procesal cobren efectiva vigencia. Con todo, esta contribución se orienta a destacar aquellos “vacíos” que deben solventarse mediante la regulación legal o la jurisprudencia del TC.

2. Contenido y fundamentación constitucional

2. Constituciones como la española regulan expresamente el principio de *ne bis in idem* al menos para determinados ámbitos del poder punitivo. Así, el artículo 45.3 de la Carta española recoge parcialmente el principio de *ne bis in idem* en el terreno de la protección ambiental, pues señala que “se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas”. Y aunque dicha Constitución no consagra el principio con carácter general, una amplia jurisprudencia del TC español lo deduce del principio de legalidad previsto en el artículo 25.1 de la Carta española. En esa línea, la STC 2/1981, de 30 de enero, señaló que la razón por la que no se incluyó el principio en la Ley Fundamental se debe a su vinculación “con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.⁵

La fundamentación constitucional que adopta el TC peruano es similar; sigue la línea que establecieron las sentencias 2/1981 y 77/1983 del TC español⁶ al considerar

⁴ César San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., t. I, Lima: Grijley, 2003, pp. 104-108.

⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pp. 98-99. Este criterio del TC ha sido confirmado por la sentencia de octubre de 1983, que abunda en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito o falta efectuando un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un juez o un tribunal jurisdiccional. Véase Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona: PPU, 1990, p. 7. La STC 154/1990 señala que el *ne bis in idem* se sustenta igualmente en el principio de proporcionalidad “que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción”.

⁶ Manuel Cobo Del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón: *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, pp. 75-76; Raúl Peña Cabrera: *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, t. I, 2.ª ed., Lima: Grijley, 1995, p. 135.

que el principio de *ne bis in idem* tiene contenido material y procesal, y diferenciar el sustrato constitucional de cada uno de éstos. Efectivamente, según la STC peruano de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA-TC:

El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal.⁷

3. El *contenido material del ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. De modo semejante lo expresa el TC peruano; en la sentencia antes citada señala:

En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Se ha destacado la estrecha relación entre el *ne bis in idem* material y la garantía de la cosa juzgada prevista en el artículo 139.13 de la Constitución⁸ y en el artículo 90 del Código Penal (CP), pero la cosa juzgada no agota los alcances del principio de *ne bis in idem*,⁹ el cual se extiende incluso a las sanciones administrativas, aunque no exista una sentencia judicial firme. Acorde con ello, para el TC:

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2.º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

De esta forma, el TC peruano considera que el *ne bis in idem* material se fundamenta por un lado en el principio de proporcionalidad vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, fundamento indiscutible si se tiene en cuenta que imponer más de una sanción por el mismo contenido de injusto implica imponer “una doble carga coactiva”¹⁰ o, dicho de otro modo, se quebranta la regla del artículo VIII del CP de que “La

⁷ Fundamento 19 *ab initio*.

⁸ San Martín Castro: o. cit., p. 104.

⁹ Urquiza Olaechea: o. cit., p. 132.

¹⁰ *Ibidem*, p. 137.

pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho” y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente a él. Como destaca la STC español 2/2003, de 16 de enero de 2003:

[...] 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.¹¹

El TC peruano recurre asimismo al principio de legalidad,¹² más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido de que la imposición de más de una sanción por lo mismo afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de su conducta, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, pero también como garantía de que la norma primaria debe satisfacer funciones de determinación. Y es que, como señala la STC español 142/1999, de 22 de julio:

Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben —o tienen al menos la posibilidad de saber— que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido.

Pero los alcances del principio de legalidad como fundamento del *ne bis in idem* material pueden ser más extensos y proyectarse a las relaciones penal-administrativas. La legalidad también implica que una conducta penalmente relevante no puede ser calificada por la autoridad administrativa, sino por el Ministerio Público o, en su caso, por la jurisdicción.¹³ La administración no puede arrogarse la potestad de conocer un hecho de posible contenido penal. Así lo reconoce la citada STC español 2/2003, según la cual:

[...] no puede obviarse el hecho de que con carácter general la Administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal —art. 7.2 RPS—, y que, en el caso, la Administración actuó con infracción de lo previsto en dicha disposición y en el art. 65.1 LSV. Dicha infracción legal, no obstante, tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos.¹⁴

¹¹ Fundamento jurídico 3a.

¹² Dicha vinculación entre legalidad y *ne bis in idem* ha sido destacada por Caro Coria: o. cit., p. 123; con mayor énfasis por Urquiza Olaechea: o. cit., p. 132.

¹³ Manuel Jaén Vallejo: *Principios constitucionales y derecho penal moderno*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 29.

¹⁴ Fundamento jurídico 9.

4. Sobre la llamada *triple identidad*, existe acuerdo en que la identidad de sujeto se refiere al imputado o sancionado, sin que sea necesaria la identidad de víctima, agraviado o sujeto pasivo de la infracción.¹⁵ Se discute la posibilidad de acumular sanciones contra una persona jurídica (multa administrativa, por ejemplo) y una persona natural (pena de multa) cuando entre ambas existe una relación de gestión o representación, y la sanción obedece al mismo hecho y fundamento.¹⁶ Si bien en estos casos puede sostenerse en el plano formal que se está ante personas diferentes,¹⁷ de modo excepcional la STC español 177/1999 de 11 de octubre apreció una vulneración al *ne bis in idem* por la condena al representante legal de una empresa por delito ambiental (privación de libertad y multa) y la sanción administrativa contra dicha empresa por infracción a la Ley de Aguas (multa de la misma cuantía). Pero ésta no es la postura mayoritaria; aunque se reconoce la imposibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica e imponer por el mismo hecho y fundamento alguna de las consecuencias accesorias del artículo 105 del CP, se niega la identidad subjetiva entre la persona jurídica y la persona natural. Así lo pone de relieve la STC español 48/2003, de 12 de marzo, en cuanto la disolución de Herri Batasuna conforme a la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, para diferenciarla de la sanción penal del artículo 520 del CP español contra las personas físicas que la componen. La sentencia concluye que “tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto”.

El TC peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la “identidad de hecho”, noción imprecisa si se tiene en cuenta que, en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal-administrativas, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el *ne bis in idem*. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente; no existe identidad de fundamento, por lo que es posible imponer más de una sanción por el “mismo hecho”. Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en los que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento. Así lo destaca el TC cuando señala:

[...] el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.¹⁸

¹⁵ Así, comentando la garantía de cosa juzgada, Pablo Sánchez Velarde: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa, 2004, pp. 354-355.

¹⁶ M. Luisa Maqueda Abreu, en José Zugaldía Espinar (dir.): *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch 2003, p. 292.

¹⁷ El artículo 78 del Código Civil señala que “La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros”.

¹⁸ Fundamento 19.a *in fine*.

El TC define además la “identidad de fundamento” como “identidad de bien jurídico” o “identidad de interés protegido”, equiparación problemática porque la prohibición de *bis in idem* no sólo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, sino más bien por “criterios de afectación general, estadística en todo caso”.¹⁹ Por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos; generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, que “aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tienen como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen”.²⁰

La identidad de sujeto y de hecho no son decisivas para el *ne bis in idem*, y la identidad de fundamento, entendida como identidad de bien jurídico o de interés, no garantiza la vigencia del principio en el caso de las infracciones administrativas. Debe dotarse al *ne bis in idem* material de contenido normativo; la prohibición de sancionar más de una vez debe operar siempre que se trate del *mismo contenido de injusto o de ilícito*, de la misma infracción,²¹ sin importar si dicho contenido está reflejado en una norma penal o administrativa. En esa perspectiva, en los supuestos de unidad de ley, como sucede en el concurso aparente, no será posible la sanción múltiple dado que el desvalor del hecho es abarcado en su totalidad por una sola norma. Distinto es el caso del concurso real o ideal de infracciones, en los que el disvalor del evento no es abarcado plenamente por una sola norma sino por varias,²² por lo que es válido imponer más de una sanción.

5. Este contenido material del *ne bis in idem* tiene un complemento procesal que, en su sentido más tradicional, implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada. En el ordenamiento peruano, este sentido del principio está materializado en el artículo 139.13 de la Constitución, los artículos 78.2 y 90 del CP y el artículo 5, § 4, del Código de Procedimientos Penales. En un plano preventivo, el *ne bis in idem procesal* proscribía desde ya, exista o no cosa juzgada, la persecución sancionatoria múltiple por un mismo contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.

El desarrollo del *ne bis in idem* procesal en la jurisprudencia peruana ha tomado en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de

¹⁹ Percy García Caveró: *Derecho penal económico. Parte general*, Lima: Ara, 2003, p. 72.

²⁰ *Ibidem*, p. 71.

²¹ Maqueda Abreu: o. cit., p. 293.

²² Dino Carlos Caro Coria: “Bienes jurídicos colectivos en la ‘sociedad de riesgo’ y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo”, en *II Congreso Internacional de Derecho Penal. Ponencias*, Lima: PUCP, 1997, pp. 71 ss.

septiembre de 1997, relativa al caso de *María Elena Loayza Tamayo* contra el Estado peruano, la cual estableció que, si la jurisdicción militar valoró las pruebas de la conducta imputada y se pronunció sobre los hechos objeto de la acusación, no se permite una posterior persecución, por la misma conducta, mediante la jurisdicción común.²³ De modo semejante, la STC de 2 de julio de 1998, expediente n.º 109-98-HC/TC, relativa al caso *Dante Damas Espinoza*,²⁴ determinó que el sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal ordinaria, que calificó las infracciones imputadas como delitos comunes, impide la realización de otro proceso conducente a una condena ante la jurisdicción militar. El Tribunal, con adecuado criterio, estimó que el principio “*non bis in idem*” (sic), aunque carece de reconocimiento constitucional expreso, “constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal”, el cual deriva del artículo 139.3 de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁵ La Corte Constitucional expresó asimismo que el artículo 139.13 de la Carta Magna reconoce la cosa juzgada o *res iudicata*, la que, más allá de ser un principio que informa la actuación funcional de los órganos jurisdiccionales, también guarda estrecha relación con el debido proceso, de forma que “supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia”.²⁶ Tal conclusión del Tribunal, aunque marcó un camino importante de cara a la interdicción del *bis in idem*, era imprecisa, pues no se trataba de prohibir en general el juzgamiento múltiple por los mismos hechos, lo que sería válido, por ejemplo, en el concurso ideal de infracciones, y es que el *ne bis in idem* impide la persecución y sanción múltiples por el mismo contenido de injusto.

La doctrina del TC ha quedado zanjada en la sentencia de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA/TC, en la que señala:

En su vertiente procesal, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).²⁷

Y en cuanto al fundamento constitucional, siguiendo la línea de la citada sentencia de 2 de julio de 1998 y lo expuesto por un sector de la doctrina,²⁸ el TC señala: “El

²³ Sección XV, fundamentos 66 ss.

²⁴ *Boletín de Jurisprudencia* del *Diario Oficial El Peruano* de 29 de septiembre de 1998.

²⁵ Fundamento 7.a.

²⁶ Fundamento 7.b.

²⁷ Fundamento 19.b.

²⁸ San Martín Castro: o. cit., pp. 85 ss.

derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* 'procesal', está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139.º, inciso 3), de la Constitución". Y añade:

Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: "[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: [...] 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".²⁹

Dicha perspectiva ha sido ratificada por las SSTC de 14 de abril de 2003, expediente n.º 0729-2003-HC/TC,³⁰ y de 24 de noviembre de 2004, expediente 2868-2004-AA/TC,³¹ que además se remiten al artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a la ley y el procedimiento penal de cada país". Pero, a diferencia de la STC de 16 de abril de 2003, en éstas la Corte Constitucional señala que el principio de *ne bis in idem*, incluyendo su perspectiva material, deriva del derecho al debido proceso. La STC de 14 de abril de 2003, en particular, sostiene que "el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso".

Se ha relacionado el fundamento constitucional del *ne bis in idem* procesal con la doctrina norteamericana del *double jeopardy*, que se erige en la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, según la cual "tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito". Elocución a raíz de la cual se interpreta jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto; "si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso".³²

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que esta garantía protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito,³³ con lo

²⁹ Fundamento 18.

³⁰ Fundamento 2.

³¹ Fundamento 3.

³² San Martín Castro: o. cit., p. 106.

³³ En adelante, Elder Witt: *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, México: Gernika, 1995, pp. 285 ss.

que, en estricto, el *double jeopardy* se relaciona tanto con el *ne bis in idem* procesal como con el material. En el caso *Green contra los Estados Unidos* (1957) señaló:

La idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema angloestadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable.³⁴

Más específicamente, en el fallo de *Carolina del Norte contra Pierce* (1969), sostuvo:

[...] que la garantía de la Quinta Enmienda contra el doble proceso [...] se compone de tres protecciones constitucionales separadas. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una absolución. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una condena. Y protege contra castigos múltiples por la misma ofensa.³⁵

La relación entre *ne bis in idem* procesal y *double jeopardy* ha sido destacada en la STC español 2/2003, donde se expresa:

[...] en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), recordamos que “la LECrim, en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales”. A ello añadimos: “que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (*double jeopardy*). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión “contra reo”: evitar que el ciudadano sea “víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado”, evitarle las “vejaciones” que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de “ciudadano de un pueblo libre”.³⁶

De modo similar, la STC peruano de 14 de abril de 2003, expediente n.º 0729-2003-HC/TC, señala:

En su vertiente procesal, el principio *non bis in idem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir el doble peligro de condena sobre una persona [...]. Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo

³⁴ *Ibidem*, p. 286.

³⁵ *Ibidem*, p. 287.

³⁶ Fundamento 3.b.

hecho ya se ha enjuiciado en un primer proceso en el que ya se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.³⁷

6. El primer reconocimiento general del principio de *ne bis in idem* material se aprecia desde el año 2001 en el artículo 230, numeral 10, de la ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), según el cual “La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: [...] 10. *Non bis in idem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Con ello se dio un paso importante a favor del reconocimiento del *ne bis in idem* material en un momento en que el TC aún no había desarrollado sus alcances, como lo haría recién en la sentencia de 16 de abril de 2003 ya citada.

Pero la LPAG no introdujo el sentido del *ne bis in idem* procesal, lo que fue advertido por la Comisión Especial Revisora del Código Penal creada por la ley n.º 27837 y que en el anteproyecto de Reforma de la Parte General del CP, de abril de 2004, propuso introducir como artículo IX del Título Preliminar la regla siguiente: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas” (§ 1), “El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo” (§ 2). Dicha regla fue adoptada sin más por la Comisión de Alto Nivel que elaboró el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (CPP2004), promulgado mediante el decreto legislativo n.º 957. El artículo III del Título Preliminar establece del mismo modo: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo” (§ 1), a lo que añade: “La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código” (§ 2).

Esta nueva regulación adopta en esencia la doctrina del TC sobre el *ne bis in idem*; contempla el contenido material (“Nadie podrá ser sancionado más de una vez...”) y procesal (“Nadie podrá ser procesado más de una vez...”), y señala como presupuesto la triple identidad (“por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento”). La norma extiende además su eficacia tanto “para las sanciones penales y administrativas”, por lo que cabe deducir que no sólo prohíbe el *bis in idem* dentro del ordenamiento penal y administrativo, sino también, conforme ha zanjado el TC, cuando la pluralidad de sanciones y persecuciones sancionatorias derivan de ordenamientos distintos, como el penal y el administrativo. Ambos son expresiones

³⁷ Fundamento 3.

del mismo *ius puniendi* estatal y el Estado, más allá de su forma de organización y división de poderes, es un solo ente; sólo puede sancionar y perseguir una vez.

Poco clara es la regla de que “El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”. En la discusión de la Comisión Especial Revisora del Código Penal no existía acuerdo sobre el modo de evitar que la administración se arrogara competencia sobre un caso de posible relevancia penal, de modo que persiguiera y sancionara libremente sin poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público o del Poder Judicial y sin abstenerse de seguir conociendo el caso. Para la Comisión, esta práctica generalizada de la administración pública podía conducir a que hechos de relevancia penal quedaran sancionados como simples infracciones administrativas, mediante procesos más rápidos, en los que la sanción fuera menos grave y no se reflejara toda la desvaloración jurídico-social del hecho. La Comisión no adoptó la propuesta de introducir una regulación expresa sobre los deberes de la administración de abstenerse y notificar el hecho al Ministerio Público cuando éste pudiera tener connotación penal; tampoco el planteamiento de regular los efectos para la administración de las decisiones que adopte la autoridad penal. A falta de un mejor acuerdo, se consideró suficiente expresar la “preeminencia del derecho penal”, que en la “voluntad” del prelegislador o proyectista significaba que la autoridad penal, el Ministerio Público o el juez, tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal y, en el caso del Poder Judicial, el poder de vincular a la administración con sus decisiones.

3. *Ne bis in idem* y derecho administrativo sancionador

7. Los problemas más comunes de aplicación del principio de *ne bis in idem* se presentan en ámbitos previamente reglamentados por el derecho administrativo; por ejemplo, en la regulación de la actividad económica o en el ejercicio de la función pública. El TC ha venido desarrollando el contenido del *ne bis in idem* sobre todo a partir de casos en los que imputa a la administración pública haber impuesto más de una sanción por el mismo contenido de injusto a funcionarios públicos.

No se discute que la potestad sancionadora de la Administración y el derecho penal, son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* estatal.³⁸ Como indica la STC de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA/TC, reiterando lo expuesto en el expediente n.º 1003-1998-AA/TC, “La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en

³⁸ Miguel Polaino Navarrete: “Derecho penal criminal y derecho administrativo sancionador”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7/1989, pp. 55 ss.; Ana Sánchez Lamelas: “Derecho administrativo sancionador y derecho penal: consideraciones en torno a los principios de garantía”, en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, vol. I, Universidad de Cantabria, 1993, pp. 383 ss.

cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales”. Por ello, para el TC, “la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v. gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman”.³⁹ Ello ha permitido que el poder sancionador de la Administración progresivamente se haya ido adecuando a límites similares a los que rigen la imputación penal y procesal penal, como lo evidencia el artículo 230 de la LPAG, que impone como principios de la potestad sancionadora administrativa los de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, entre otros cuya constitucionalización planteó el artículo 2 del anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002, como concretos límites al *ius puniendi* administrativo.⁴⁰

La discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi* es relativamente reciente en Perú.⁴¹ El debate tampoco está terminado en el derecho comparado; aunque se acepta que el ejercicio sancionador por la Administración debe someterse básicamente a los límites del derecho penal,⁴² se discute la intensidad de dicho sometimiento, en el sentido de si la regla general de la menor gravedad de las sanciones administrativas —al menos no pueden acarrear la privación de libertad— y las necesidades de eficacia de la intervención administrativa pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal.⁴³ Por ese camino, se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de legalidad y culpabilidad, pero se renunciaría a otras, como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

³⁹ Fundamento 13.

⁴⁰ “Artículo 2. Límites de la potestad punitiva del Estado. = El Estado al ejercer su potestad punitiva debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad, en el ámbito penal, procesal y penitenciario, así como el debido proceso. Dicha materia será regulada mediante ley orgánica. = No se podrá imponer sanciones administrativas que directa o indirectamente importen privación de la libertad y deberá respetar los principios mencionados en el párrafo anterior en cuanto les sea aplicable.”

⁴¹ Danós Ordóñez: o. cit., pp. 149 ss.; Zúñiga Fernández: o. cit., p. XV; Abanto Vásquez: o. cit., p. 185.

⁴² Gonzalo Quintero Olivares: “La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal”, en *Revista de Administración Pública* 126/1991, pp. 253 ss.

⁴³ José Cid Moliné: “Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, en *Revista de Administración Pública* 140/1996, pp. 131 ss.; Raúl Peña Cabrera: *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. III, “Delitos económicos”, Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 167-168.

El TC no ha sido ajeno a esta flexibilización. En la referida sentencia de 16 de abril de 2003 expresó, por ejemplo, en relación con los derechos de los miembros de la Policía Nacional en los procesos disciplinarios, que:

[...] no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, “en el ámbito militar, [...] el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar”. Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total, [y en esa medida] el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse.⁴⁴

8. Este debate no afecta la vigencia del principio de *ne bis in idem* en el ámbito administrativo. Reina acuerdo en que la interdicción de la sanción o persecución múltiple por un mismo contenido de injusto es una garantía irrenunciable en todo ejercicio punitivo.⁴⁵ Por ello, uno de los aspectos más controvertidos, especialmente de cara al sentido de la legislación, radica en la vinculación a este principio cuando la persecución o sanción opera en distintos ordenamientos sancionatorios, es decir, en el penal y el administrativo.⁴⁶

Pese a la consagración general del *ne bis in idem* en el artículo 230.10 de la LPAG y en el artículo III del CPP2004, y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del TC, la legislación administrativa no suele reconocer su eficacia y no pocas veces contiene declaraciones de que la sanción administrativa se impondrá paralelamente a la penal. Por ejemplo, el artículo 190 del Código Tributario señala que “Las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar”, de lo cual parece deducirse, como en efecto sucede en la práctica tributaria, que ante una misma infracción es posible acumular una sanción penal y otra administrativa. Pero no puede aceptarse que esta regla especial, propia del sector tributario, deba imponerse a la regla general

⁴⁴ Fundamento 14.

⁴⁵ J. M. Trayter Jiménez y V. Aguado i Cudolà: *Derecho administrativo sancionador*, Barcelona: Cedecs, 1995, pp. 71 ss.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 77-79.

del artículo 230.10 de la LPAG, y menos aún que toda norma posterior a la LPAG que independice la sanción penal de la administrativa haya derogado la garantía del *ne bis in idem*. El fundamento constitucional del *ne bis in idem* condiciona la interpretación de la legislación ordinaria, con lo que sólo tienen asidero constitucional aquellas interpretaciones de la legislación administrativa compatibles con la proscripción del *bis in idem*.

Conforme con ello, tampoco debe interpretarse sin más que reglas como la del artículo 190 del Código Tributario son inconstitucionales, el artículo VI, § 1, del Código Procesal Constitucional y la segunda disposición final de la ley n.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, instauran el principio de conservación según el cual la inconstitucionalidad es la *ultima ratio*; antes deben agotarse los medios de interpretación conocidos a fin de superar la posible inconstitucionalidad.⁴⁷ La STC de 11 de julio de 2002, expediente n.º 1124-2001-AA/TC, estableció la necesidad de que “la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución”.⁴⁸ Este principio, previsto como presupuesto para la inaplicación de una la ley inconstitucional por los jueces, rige también para la administración pública. Más allá del debate de si la administración puede o debe ejercer un control difuso como el que se reconoce expresamente a los jueces desde la Constitución (artículo 138, § 2),⁴⁹ el principio de supremacía constitucional que rige el procedimiento administrativo (artículos III, IV.1.1 y V.2.1 de la LPAG)⁵⁰ obliga a la administración a modular sus prácticas e interpretaciones normativas a principios de arraigo constitucional como el de *ne bis in idem*. En esa perspectiva es suficiente una interpretación restrictiva del artículo 190 del Código Tributario; la posibilidad de que “las penas por delitos tributarios” se apliquen sin perjuicio “de las sanciones administrativas a que hubiere lugar” debe limitarse a los casos en los que no se viola el *ne bis in idem*; por ejemplo, de concurso ideal entre una infracción administrativa y otra penal en los que la sanción múltiple se sustenta en injustos de diferente contenido.⁵¹

9. Un aspecto particularmente problemático es el de las llamadas *relaciones de especial sujeción entre el sujeto actuante y la administración*. Como se ha señalado, excepcionalmente el TC ha tolerado la acumulación de sanciones provenientes

⁴⁷ Luis Castillo Córdova: *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima: Ara, 2004, p. 69.

⁴⁸ Fundamento 13.c.

⁴⁹ Favorable a esta tesis, Claudia Del Pozo: *Control difuso y procedimiento administrativo*, Lima: Palestra, 2005, pp. 173 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 94 ss.

⁵¹ Caro Coria: *Derecho penal del ambiente*, o. cit., pp. 128-129.

de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si se protegen bienes jurídicos distintos. En la jurisprudencia constitucional española la coexistencia de una sanción penal y otra administrativa, por el mismo hecho, se ha permitido cuando el sujeto se encontraba en una “relación de especial sujeción” con la administración, en cuyo caso el *ius puniendi* ejercido por ésta no sería el “genérico del Estado”.⁵²

Pero la propia delimitación de este tipo de relaciones no ha sido clara en la jurisprudencia del TC español; así lo reconoce la STC 132/2001, de 8 de junio, cuando recuerda:

De las denominadas “relaciones especiales de sujeción” —también conocidas en la doctrina como “relaciones especiales de poder”— se ha ocupado ya este Tribunal en anteriores ocasiones, no ocultando que, como se dijo en la STC 61/1990, FJ 6, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa.⁵³

Esta imprecisión no ha sido superada. Apenas se ha señalado que “Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámen-se tales relaciones de ‘especial sujeción’, ‘de poder especial’, o simplemente ‘especiales’”, y que, en todo caso:

[...] la categoría “relación especial de sujeción” no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos. [Entre ellos] el derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE —del cual deriva el *ne bis in idem*— y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales.⁵⁴

Así, se ha reconocido la especial sujeción en relación con un preso,⁵⁵ con un policía nacional,⁵⁶ con un arquitecto colegiado,⁵⁷ incluso respecto a un detective privado con autorización administrativa, aun cuando aquella relación administrativa especial no tuviera base directa en la Constitución o en una ley conforme con la

⁵² Pese a que el artículo 415.3 de la LOPJ español de 1985 señala que “En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria”, la STC de 27 noviembre de 1985 precisa que el principio de *ne bis in idem* “no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes”. Véase Mir Puig: o. cit., p. 7, también la STC 2/1987.

⁵³ Fundamento jurídico 4.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ STC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico 2.

⁵⁶ STC 69/1989, de 20 de abril, fundamento jurídico 1.

⁵⁷ STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 3.

Constitución.⁵⁸ Sin embargo, y como parte de lo que puede considerarse una tendencia a no restringir el ámbito de la legalidad con el argumento de la especial sujeción, la STC español 132/2001 consideró que “ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendedorías de tabaco”,⁵⁹ con lo que negó la trascendencia de la especial relación existente entre el concesionario y el Estado derivada de la mera concesión.

La imposición de límites a la acumulación de sanciones en los casos de sujeción especial no es reciente en la jurisprudencia del TC español, que ha exigido que “el interés jurídicamente protegido” por la infracción administrativa “sea distinto” al de la infracción penal “y que la sanción sea proporcional a esa protección”.⁶⁰ Asimismo, ha declarado que si “la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer”,⁶¹ entonces, “con independencia de cómo se denomine la relación” que une por ejemplo a la titular de la concesión con la Administración, “no hay fundamento alguno” para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente “carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 CE”.⁶²

También en una perspectiva claramente restrictiva, la reciente STC español 26/2005, de 14 de febrero,⁶³ ratifica lo expuesto en la STC 234/1991, de 10 de diciembre,⁶⁴ en el sentido de que:

La existencia de esta relación de sujeción tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990”).

Con todo, la sanción múltiple basada en los argumentos de la especial sujeción, distinto bien jurídico o fundamento, no se considera una alternativa plausible.⁶⁵ La

⁵⁸ STC 61/1990, fundamento jurídico 8.

⁵⁹ Fundamento jurídico 4.

⁶⁰ STC 234/1991 de 10 de diciembre, fundamento jurídico 2.

⁶¹ STC 3/1988, de 21 de enero, fundamento jurídico 9; STC 101/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico 3; STC 341/1993, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 10; STC 60/2000, de 2 de marzo, fundamento jurídico 3; STC 132/2001, fundamento jurídico 5.

⁶² STC 132/2001, de 8 de junio, fundamento jurídico 4.

⁶³ Fundamento jurídico 3.

⁶⁴ Fundamento jurídico 3.

⁶⁵ Abanto Vásquez: o. cit., p. 185; Ramón García Albero: “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona: Cedecs 1995, p. 64.

ausencia de una determinación exacta de estos criterios podría constituir una puerta abierta para un ejercicio múltiple y desproporcionado del *ius puniendi*. Por esa razón, en la doctrina española se observa la tendencia hacia una mayor delimitación material del *ne bis in idem*, en el sentido de impedir siempre la pluralidad de sanciones frente al mismo contenido de injusto.⁶⁶ Este principio fundamenta la unidad de sanción en el llamado concurso aparente de normas, pero, *a contrario sensu*, acudiendo al mismo sentido material del concurso ideal de delitos, permite una excepcional acumulación de sanciones en los supuestos de concurso de infracciones penales y/o administrativas.

10. La jurisprudencia del TC peruano no se ha vinculado expresamente a la doctrina de las relaciones de sujeción especial, aunque adopta consecuencias similares, sobre todo en el ámbito disciplinario policial y militar. Sólo excepcionalmente se ha recurrido al argumento de la especial sujeción como medio para justificar la restricción o modulación de derechos distintos a los que derivan del *ne bis in idem*.

La STC de 10 de julio de 2002, expediente n.º 866-2000-AA/TC, señaló:

Por su propia condición de derechos constitucionales su ejercicio no es ilimitado, puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales libertades, límites cuya justificación se encuentra en las *relaciones especiales de sujeción* bajo las que se encuentran determinados individuos. Tal es el significado particular, precisamente, del inciso d), artículo 23.º del Decreto Legislativo N.º 276 y del artículo 138.º del Decreto Supremo N.º 005-90-PCM, que, con relación a los servidores públicos, señala la necesidad de contar con autorización del superior jerárquico para ejercer las libertades de expresión e información.⁶⁷

El TC no ha derivado de esta argumentación consecuencias lesivas de derechos fundamentales. Por el contrario, consideró que:

Naturalmente, tal restricción no puede entenderse en el sentido de que el referido servidor público no pueda ejercer, sin más, dichas libertades, pues ello supondría vaciarlas de contenido. En la medida en que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de los derechos constitucionales. Dicho en otras palabras, ni la presencia de estos límites especiales supone que los

⁶⁶ García Albero: o. cit., p. 64; Juan Carlos Carbonell Mateu: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 151; Francisco Javier De León Villalba: “La garantía del *ne bis in idem* y el Derecho penal económico”, ponencia en el III Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Lima en 1998, inédita.

⁶⁷ Fundamento 3, cursivas añadidas.

servidores públicos no puedan ejercer sus libertades informativas, ni que cualquier tipo de información relativa a su empleador quede prohibida de difundirse.⁶⁸

Menos clara es la STC de 5 de agosto de 1999, expediente n.º 0993-1997-AA/TC, según la cual:

[...] tratándose de personas jurídicas, el ejercicio de determinados derechos, como el de ejercer libremente la profesión de abogado, puede encontrarse afecto a unos límites derivados del *principio de sujeción especial*, por virtud del cual se exige del asociado a un Colegio Profesional, entre otros aspectos, no socavar el principio de lealtad para con la institución a la que se pertenece; y, por tanto, cada vez que este principio se vea resentido, reconocer la facultad de la entidad afectada a establecer mecanismos correctores de dichas conductas anómalas.⁶⁹

Pero el poder sancionador de los colegios profesionales no ha sido reconocido para efectos del *ne bis in idem* por la STC de 17 octubre de 2005, expediente n.º 3167-2004-AA/TC, para la cual, si “el proceder del demandante ha dado lugar a una sanción administrativa del Poder Judicial, que a su vez configura una conducta que atenta contra el Código de Ética del Abogado”, “no se trata de una sanción administrativa sino de una impuesta por un Colegio Profesional, en tanto que el proceder del demandante atenta contra los deberes del abogado en su ejercicio profesional”,⁷⁰ “por lo que [...] no se ha vulnerado el principio *non bis in idem*”.⁷¹

Estos precedentes no delimitan la noción de relaciones de sujeción especial ni justifican una desvinculación del principio de *ne bis in idem*, pese a lo cual se ha consolidado una tendencia favorable a la acumulación de sanciones penales y administrativas en el caso de funcionarios públicos, partiendo del presupuesto de que ambas satisfacen funciones distintas que justifican una independencia plena. La STC de 26 de enero de 2005, expediente 3944-2004-AA/TC declara:

Tampoco se ha vulnerado el principio *non bis in idem*, puesto que la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa, en que incurrió el demandante, por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones.⁷²

Según la STC de 20 de abril de 2005, expediente n.º 1204-2005-AA/TC:

[No se aprecia violación] del principio *ne bis in idem*; más aún cuando, de conformidad con el artículo 25.º del Decreto Legislativo N.º 276, los servidores públicos tienen, además de la responsabilidad administrativa, la civil y penal, por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público.⁷³

⁶⁸ Fundamento 4.

⁶⁹ Fundamento 7, cursivas añadidas.

⁷⁰ Fundamento 7.

⁷¹ Fundamento 9.

⁷² Fundamento 4.

⁷³ Fundamento 4.

Más tajante es la STC de 28 de junio de 2005, expediente n.º 3363-2004-AA/TC, que considera:

[...] que las responsabilidades penal y administrativas en que puede incurrir un servidor o funcionario son independientes; razón por la cual, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente, por los mismos hechos, al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria.⁷⁴

De esta manera, como reconocen las SSTC de 25 de noviembre de 2004, expediente n.º 310-2004-AA/TC,⁷⁵ y 29 de abril de 2005, expediente 3862-2004-AA,⁷⁶ se consolida la criticable interpretación expuesta en el caso *Víctor Hugo Pacha Mamani*, expediente n.º 094-2003-AA/TC, según la cual:

[...] lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habersele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen [...]; el Tribunal asume [...] que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal.

Tal interpretación no puede aceptarse. Una acumulación de sanciones que se justifique en diferencias formales —el origen de la sanción o el carácter de conducta funcional del ilícito administrativo— o naturalistas entre las infracciones penales y administrativas violenta la prohibición de *bis in idem*. Aunque en ocasiones podrá reconocerse la diferencia de intereses o bienes protegidos por el ilícito administrativo o penal, en cuyo caso estará justificada, como en el concurso ideal de delitos, la imposición de varias sanciones, no puede aceptarse sin más y a priori que las sanciones penales y administrativas son independientes y autónomas.

Por ese motivo debe superarse el precedente derivado de la STC de 28 de diciembre de 2004, expediente 3194-2004-HC/TC, según la cual:

[...] se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que “las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”, lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad. Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, se sancionará por faltas graves “independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito

⁷⁴ Fundamento 3.

por la ley”. Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos [...] Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in idem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado.⁷⁷

Lo criticable de esta sentencia no es el reconocimiento del poder disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino la inusitada asunción de que las sanciones administrativas son independientes de las penales, en este caso porque así lo declara un decreto supremo del año 1982.

Si el TC asume consecuencias similares a las que derivan de la tesis de las relaciones de especial sujeción, tesis que sólo ha reconocido aisladamente, se tiene que el principio de *ne bis in idem* se postula en la práctica como una garantía plena de los particulares y no de los funcionarios públicos, contra quienes suele invocarse permanentemente el argumento formal de que las sanciones penales son diferentes de las administrativas. Dicho de otro modo, los funcionarios sólo tendrían garantizada la prohibición de dos o más persecuciones penales por lo mismo y de dos o más persecuciones administrativas por el mismo injusto, sin que esté proscrita una persecución penal y otra administrativa aunque se verifique la triple identidad, porque se asume o se presume que ambas cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes. Esta solución discrimina a los funcionarios, les otorga un trato desfavorable por la restricción del derecho a ser perseguidos y sancionados sólo una vez por el mismo contenido de injusto, que está prohibida por el artículo 2.2 de la Constitución. Si bien el funcionario está vinculado a una posición de garante de la cual derivan un conjunto de deberes especiales o institucionales conforme a su concreto ámbito de competencia,⁷⁸ de ello no se deduce la eliminación del contenido esencial del ese derecho fundamental a no ser perseguido ni sancionado más de una vez por lo mismo. La vinculación a estos deberes institucionales no puede significar la pérdida automática de las garantías de legalidad, proporcionalidad, proceso debido y cosa juzgada que dotan de fundamento constitucional al principio de *ne bis in idem*.

Con este punto de partida deben superarse interpretaciones formales que derivan, por ejemplo, del texto literal del artículo 243 de la LPAG, que bajo el rótulo “Autonomía de responsabilidades” establece que “Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación” (numeral 1), de forma tal que

⁷⁵ Fundamento 4.

⁷⁶ Fundamentos 4 y 5.

⁷⁷ Fundamento 6.

⁷⁸ Carlos Suárez González: “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios”, en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Lima: Grijley, 2001, pp. 160 ss.; José Antonio Caro John: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal 2003*, pp. 57 ss.

“Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario” (numeral 2).

Estas reglas parecen oponerse al sentido del artículo 230.10 de la LPAG, que regula expresamente el *ne bis in idem* material, aunque su eficacia se limita al ámbito de la responsabilidad de los funcionarios, como puede deducirse de la ubicación sistemática del artículo 243 en el capítulo II (“Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración pública”) del título V (“De la responsabilidad de la Administración pública y del personal a su servicio”) de la LPAG, a diferencia del artículo 230.10 que se incardina en el título IV (“De los procedimientos especiales”) de la ley, en el capítulo II, dedicado al “Procedimiento sancionador”, subcapítulo I, referido a la “Potestad sancionadora”. Pero este ámbito restringido de aplicación —“a las autoridades” y “personal al servicio de la administración pública”— tampoco puede desvincularse de la prohibición constitucional de *bis in idem*. Aunque el artículo 243 reafirme la “autonomía de las responsabilidades” y la independencia de las consecuencias penales y administrativas, de la literalidad de estos enunciados no se deduce un mandato de acumulación de sanciones por el mismo injusto, por lo que deben interpretarse conforme a dicha proscripción constitucional.

11. La *administración debe respetar los términos de la cosa juzgada*. Conforme a lo previsto en el artículo 139, numerales 2 y 13, de la Constitución, no puede modificar los hechos previstos en una sentencia condenatoria o absolutoria. Si la jurisdicción penal concluye que los hechos son inexistentes o no están probados, ningún otro órgano público, jurisdiccional o administrativo, puede pretender acreditar lo contrario mediante otra investigación, y debe tener por inocente al ciudadano frente a los hechos imputados.⁷⁹ Así lo establece la pluralitud STC de 16 de abril de 2003, expediente n.º 2050-2002-AA/TC, cuando señala:

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), “[...] El principio *non bis in idem* 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 procedimientos, 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 pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda 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 Estado” (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.⁸⁰

⁷⁹ Tomás Vives Antón: *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 361.

⁸⁰ Fundamento 19.b.

En esa misma perspectiva, la STC de 25 de noviembre de 2004, expediente 2322-2004-AA/TC, establece:

Es aplicable al presente caso, *mutatis mutandis*, el criterio establecido por este Tribunal en la citada STC 2050-2002-AA/TC, en cuyo fundamento N.º 17 [...] se señaló que si la sanción disciplinaria [...], con independencia de la imputación de haber cometido un delito, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, [...], entonces, cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial.⁸¹

De igual forma, la STC de 28 de diciembre de 2004, expediente 3194-2004-HC/TC, con relación a las “Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal”, concluye que “la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativo es una sola”, aunque:

[...] cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal.⁸²

Ahora bien, se debate el caso de la sentencia absolutoria que considera probados los hechos que se imputan, y que no cabe la responsabilidad penal porque es aplicable al caso uno de los diversos argumentos jurídicos que bloquean dicha responsabilidad, como la imputación objetiva, la falta de atribución del dolo o una causa de justificación. Dado que el derecho administrativo sancionador impone un estándar menos exigente para la sanción, podría sostenerse que es posible afirmar la responsabilidad administrativa siempre que se respeten los hechos probados y no se contradiga la calificación jurídica establecida por la jurisdicción. Así por ejemplo, no se violaría el *ne bis in idem* si un ciudadano es absuelto del cargo de peculado (artículo 387 del CP) porque se determinó que no actuó con dolo sino con negligencia, tras lo cual es sancionado por la administración porque las normas disciplinarias sí sancionan el comportamiento negligente.⁸³ Sin embargo, aunque en ese caso no se violaría el contenido material del *ne bis in idem* porque se impone una sola sanción, sí se contraviene la prohibición de perseguir más de una vez por lo mismo, el *ne bis in idem* procesal, pues se estaría sometiendo al imputado a un doble riesgo real para sus intereses.⁸⁴

⁸¹ Fundamento 7.

⁸² Fundamento 7.

⁸³ Urquiza Olaechea: o. cit., pp. 136-137.

⁸⁴ Vives Antón: o. cit., p. 334. Igual, San Martín Castro: o. cit., p. 105.

12. La administración debe abstenerse de intervenir o de proseguir el procedimiento sancionador cuando los hechos que investiga son susceptibles de ser calificados como delito. En tales casos, la autoridad administrativa debe remitir lo actuado al Ministerio Público⁸⁵ o a la autoridad judicial si ésta ya viene conociendo el hecho. El artículo 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público, y el artículo 139.2, § 2, reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que sólo en apariencia hace falta una regulación general que zanje en el plano legislativo a quién corresponde evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción.

Un intento de regular estos aspectos, aunque sólo para el ámbito de los procedimientos concursales,⁸⁶ ya se observaba en el último párrafo de la 11.ª disposición complementaria de la Ley de Reestructuración Patrimonial (LRP), decreto legislativo n.º 845, introducida por la ley n.º 27146 de 24 de junio de 1999, y luego en el artículo 131 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), ley n.º 27809 de 8 de agosto de 2002. Dichas normas contenían dos reglas: 1) si se ha impuesto sanción administrativa al infractor, ya no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos, y 2) si a criterio de la Comisión la infracción reviste especial gravedad, ésta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes.

La regla 2 quebranta la legalidad; abre paso a la “oportunidad administrativa” porque permite que un órgano administrativo, la Comisión, califique la relevancia penal del hecho y derive el caso a la Fiscalía sólo si según su “criterio” es de especial gravedad, con lo cual se tolera que hechos de verdadera trascendencia penal sean directamente sancionados por la administración. Pero la Administración carece de la facultad constitucional de pronunciarse sobre la relevancia penal del hecho, y lo contrario implica una intrusión en las competencias del órgano fiscal, prohibida por el tipo de usurpación de funciones del artículo 361 del CP. Del mismo modo, el deber de comunicación al Ministerio Público surge con la mera duda sobre la trascendencia penal del hecho; su inobservancia puede adquirir sentido en el marco del tipo de omisión de denuncia del artículo 407 del CP. Con mayor énfasis, si el caso ya es de conocimiento del Poder Judicial, el órgano administrativo debe abstenerse de conocer el hecho. Según el artículo 139.2 de la Constitución, “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional”, y la inobservancia de este precepto puede realizar el delito de avocamiento indebido del artículo 410 del CP.

La regla 1 tampoco está exenta de polémicas; regula el caso más sensible a la percepción jurídico-social de las consecuencias del hecho: *la evitación de una*

⁸⁵ Abanto Vásquez: o. cit., p. 195.

⁸⁶ Véase Dino Carlos Caro Coria: “Los delitos concursales en el derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 3/2002, pp. 142 ss.

persecución penal cuando el mismo injusto ya ha sido objeto de sanción administrativa. El modo como se instaura en la normativa concursal puede criticarse: parece consolidar una regla de supremacía administrativa frente a la titularidad de la acción penal que compete al Ministerio Público,⁸⁷ pero de ello no se deduce que estemos ante una regla constitucionalmente incorrecta. Si el ciudadano es perseguido por la Administración y ésta impone la sanción, y luego se tiene que el hecho tenía trascendencia penal, la incorrecta elección del Estado de haber instado primero la sanción administrativa no puede imputarse al ciudadano; al particular no le corresponde asumir las consecuencias negativas de los errores o malas decisiones de la Administración.

No obstante, *se discute si el ne bis in idem material requiere o no la efectiva reiteración sancionatoria:* no basta la mera declaración de imposición de la sanción, sino la efectiva ejecución de más de una sanción. La jurisprudencia del TC español se decantó inicialmente por privilegiar la seguridad jurídica, estableciendo que la simple declaración de imposición de una sanción es suficiente para que esté prohibido imponer y ejecutar otra u otras por el mismo contenido de injusto. Así, la STC español 177/1999, de 14 de octubre, señaló que correspondía determinar:

[...] si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem*, o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba, es decir, imponiendo al acusado las penas privativa de libertad y pecuniaria contenidas en el fallo condenatorio.⁸⁸

Para el TC:

[...] irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo.⁸⁹

En ese sentido, considera:

[...] no cabe oponer, para enervarla, la circunstancia de que la Administración [...], como organismo autónomo competente para el ejercicio de dicha potestad sancionadora, incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por [...] fuese constitutivo de delito, [...]. Tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (artículo 25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe

⁸⁷ *Ibidem*, p. 145.

⁸⁸ Fundamento jurídico 2.

⁸⁹ Fundamento jurídico 4.

repercutir el mismo. Además, cumple recordar que no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la Administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado aflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente.⁹⁰

Esta tesis no ha predominado en el derecho penal constitucional español; el pleno del TC impuso la solución contraria en la STC 2/2003, de 16 de enero,⁹¹ en la que estableció, por un lado, que la vulneración del *ne bis in idem* material requiere la efectiva reiteración sancionatoria, sin que baste la mera declaración de imposición de la sanción, de modo que, si el órgano judicial descuenta la sanción administrativa de la pena impuesta, ya no existe una sanción desproporcionada ni se advierte violación al *ne bis in idem* material. Para el TC español:

[...] 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 artículo 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 artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el “doble reproche aflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto.⁹²

La sentencia establece, además, que con dicho descuento no se viola el *ne bis in idem* procesal, pues:

[...] la interdicción de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador [...]. La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador [...] a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.⁹³

⁹⁰ Fundamento jurídico 5.

⁹¹ Manuel Jaén Vallejo: *Estudios de derecho penal*, Panamá: Ediciones Panamá Viejo, 2005, pp. 74-75.

⁹² Fundamento jurídico 6.

⁹³ Fundamento jurídico 8.

Con ello el TC se refiere a la relevancia del órgano sancionador que conoce los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal, y deja en claro que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la Jurisdicción, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla. Luego, y como corolario, señala que del *ne bis in idem* no deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone o del segundo procedimiento sancionador. Para el TC español:

[Si] los hechos reunían los elementos para ser calificados de delito, la Administración no podía imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa, que devino inaplicable. La subsunción de los hechos en la disposición administrativa se efectuó, entonces, desconociendo el principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (artículo 25.1 CE en relación con el artículo 117.3 CE).⁹⁴

A ello suma el TC una segunda razón:

[...] la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo. [...] Estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla, [de forma tal que] ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba.⁹⁵

Esta postura del TC español no puede merecer una valoración positiva. Resta eficacia a las actuaciones sancionatorias de la Administración cuando se arroga las competencias del Ministerio Público y de la jurisdicción penal, pero convalida la segunda persecución y sanción impuesta por la jurisdicción incluso cuando la administrativa ya se impuso y se ejecutó. De esta manera, la efectiva vigencia del derecho ciudadano a que se respete el *ne bis in idem* depende de la corrección del procedimiento administrativo y de la sanción que se imponga en ese ámbito, con lo que la extensión de un derecho fundamental que el Estado debe respetar y proteger halla sus límites en la conducta previa del propio Estado. Esto se opone tanto a la dimensión

⁹⁴ Fundamento jurídico 9.

⁹⁵ Fundamento jurídico 10.

individual o subjetiva que el TC peruano dispensa a los derechos fundamentales, reconocimiento de esferas de autonomía que demandan la abstención estatal,⁹⁶ como a su dimensión objetiva, en tanto valores materiales de todo el sistema jurídico nacional.⁹⁷ Y es que, si los poderes públicos deben garantizar la vigencia del *ne bis in idem* y uno de ellos (la Administración) impone una sanción fuera del marco legal, por error, exceso o actuación fraudulenta en el procedimiento administrativo (imposición de la sanción administrativa para evitar la penal), no se justifica que el Estado mantenga indemnes sus potestades persecutorias y correctivas en la jurisdicción penal. No se imputan al Estado, sino al ciudadano, las consecuencias negativas de su indebida actuación sancionatoria. Esta solución a favor de la persecución estatal es además desproporcionada; no estamos ante la necesidad de ponderar la extensión de dos derechos fundamentales, sino de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental y la potestad sancionadora del Estado ante un hecho negativo del propio Estado: la sanción administrativa indebidamente impuesta.

4. Particularidades del *ne bis in idem* en el proceso penal

13. No existe acuerdo en cuanto a si el principio de *ne bis in idem* impide una nueva persecución penal en los siguientes dos casos: a) cuando el Ministerio Público decide no formular denuncia penal y esta decisión queda firme, y b) cuando el juez penal dicta auto de no ha lugar a abrir instrucción o proceso penal y éste queda firme.

El caso *a* es el menos problemático. A juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal puede considerarse como un caso especial de cosa juzgada. El informe n.º 1/95, relativo al caso 11 006, de 7 de febrero de 1995, asunto *Alan García Pérez*, señaló:

La acusación constitucional que hizo lugar a la formación de una causa en contra de Alan García se basaba en cuatro hechos presuntamente tipificados en el delito de enriquecimiento ilícito. Sometida dicha acusación al Fiscal de la Nación, éste inició acción penal en contra del ex-Presidente, fundándola en uno solo de los hechos y desistiendo los otros por entender que los mismos eran sospechas que no tipificaban el delito ni acreditaban responsabilidad.

En ese sentido, la Comisión consideró:

[...] la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional —como toda actividad del Ministerio Público en el proceso— que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de

⁹⁶ Luis Castillo Córdova: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima: Palestra, 2005, p. 334.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 335.

la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión.

De ese modo:

En el caso bajo análisis, como bien se señaló supra, el Fiscal en su resolución, por un lado, desestimó tres de los hechos incluidos en la acusación constitucional y por el otro, promovió la acción penal por el hecho restante. Durante el trámite del proceso, ni el peticionario ni el Gobierno han señalado si el pronunciamiento del Fiscal, en cuanto se refiere al desistimiento, fue recurrido ante instancia superior; por este motivo, la Comisión debe presumir que no habiendo sido apelada, la resolución del Fiscal fue consentida y en consecuencia adquirió carácter de firme.

En esa línea de ideas, la Comisión concluyó:

[...] la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención [Americana de Derechos Humanos].⁹⁸

Esta interpretación amplia de la cosa juzgada ha tenido alguna acogida en la jurisprudencia peruana. La sentencia de hábeas corpus de 11 de octubre de 2004 del 33.º Juzgado Penal de Lima, expediente 706-04-HC, confirmada por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel mediante sentencia de 13 de diciembre de 2004, expediente de hábeas corpus n.º 315-2004, declaró fundada la demanda de hábeas corpus por considerar, entre otros motivos, que la decisión de una fiscalía provincial de no formular denuncia en el pasado, confirmada por la Fiscalía Superior, había adquirido la calidad de cosa juzgada, con lo cual el propio Ministerio Público quedó impedido de instar una nueva persecución penal por los mismos hechos, aunque atribuyera delitos distintos y recurriera a nuevas pruebas. Sin embargo, en otros casos, como el de *Alberto Kouri Bumachar* —video Kouri-Montesinos— o el de discoteca *Utopía* —múltiples denuncias contra los directores de la empresa que operaba la discoteca—, el Ministerio Público consideró como regla general que la decisión de no ejercer la acción penal no constituye cosa juzgada sino simple cosa decidida, por ser la fiscalía una entidad administrativa y no jurisdiccional, como erradamente sostuvo el informe n.º 1/95 de la Comisión Interamericana.

En la doctrina procesal impera que las resoluciones del Ministerio Público de no promover la acción penal no constituyen cosa juzgada.⁹⁹ Se trata de una cosa decidida;

⁹⁸ Ítem V.3 del informe n.º 1/95.

⁹⁹ Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 335.

la cosa juzgada demanda una decisión judicial dentro de un proceso regular, que en todo caso impide que la misma persona sea perseguida nuevamente por los mismos hechos.¹⁰⁰ Pero, como precisa San Martín Castro:

Las excepciones a esa prohibición, que impide nuevas denuncias por los mismos hechos, son de dos órdenes: a) que se aporten nuevos elementos probatorios; y b) que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Por consiguiente, el Fiscal frente a una denuncia tiene que establecer, primero, si ha sido o no desestimada por el otro órgano del Ministerio Público; segundo, si la denuncia fue desestimada, la evaluación se circunscribirá a la exigencia de que se encuentre acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo; y, tercero, de igual modo, en los supuestos de denuncia repetida, que la investigación realizada anteriormente —por su Fiscalía u otra— sea deficiente, lo que debe advertirse de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de los actuados anteriores. Por ende, la cosa decidida es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal.¹⁰¹

Esta perspectiva ha quedado zanjada en el artículo 335 del nuevo Código Procesal Penal, decreto legislativo n.º 957 de 29 de julio de 2004, que bajo el rótulo “Prohibición de nueva denuncia”, establece:

La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos.¹⁰²

Sin embargo:

Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial.¹⁰³

14. Se discute si el auto que desestima una denuncia fiscal y declara no ha lugar a abrir instrucción impide una nueva persecución penal (caso *b*). El TC ha negado, con carácter general, que dicho auto tenga calidad de cosa juzgada. La STC de 14 de febrero de 2003, expediente n.º 1077-2002-HC/TC, señala que, conforme al artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “la prohibición de ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos requiere la existencia de una previa sentencia firme, en la que se haya absuelto al inculpado”. De tal modo:

[...] la resolución judicial que declaró “no ha lugar a la apertura de instrucción” no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un

¹⁰⁰ Sánchez Velarde: o. cit., p. 457.

¹⁰¹ San Martín Castro: o. cit., p. 495.

¹⁰² Numeral 1.

¹⁰³ Numeral 2.

ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo”,¹⁰⁴ no equivale a un “pronunciamiento sobre el fondo del asunto”.¹⁰⁵

En la misma perspectiva, la STC de 11 de mayo de 2005, expediente n.º 2297-2005-PA/TC, establece como “necesario que exista un proceso concluido, es decir, que tenga carácter de cosa juzgada, lo que existirá sólo cuando, como se menciona en nuestra Constitución, haya resolución ejecutoriada, amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y/o prescripción”. Asimismo:

[Si] existe un auto de denegación para procesar los delitos [...], no se puede afirmar que en éste exista “[...] un peligro a la exposición del riesgo de un nuevo sometimiento de quien ya ha sido recurrido por el mismo hecho [...]” (en: *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. D. Carrio, Alejandro. 3era. edición y ampliada en 1ra. reimpresión. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, año 1997. Págs. 380-340), pues lo que protege el principio *ne bis in idem*, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto. [...] simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad, sino solamente la inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso.¹⁰⁶

Para un sector de la doctrina nacional estos argumentos son concluyentes;¹⁰⁷ se considera que el auto de no ha lugar a abrir instrucción no es cosa juzgada por no equipararse a una sentencia firme: se dicta sin mediar proceso penal,¹⁰⁸ investigación judicial ni contradictorio alguno. Pero tales argumentos no pueden considerarse definitivos; son susceptibles de matizaciones que conducen a aceptar que en determinados casos merecen el tratamiento de la cosa juzgada, concretamente cuando el auto de no ha lugar se funda en la falta de relevancia penal del hecho imputado.

La cosa juzgada no se limita, como erróneamente expone el TC, a la sentencia firme; el propio artículo 139.13 de la Constitución extiende la cosa juzgada a los casos de sobreseimiento definitivo, prescripción, amnistía e indulto, y se tiene además que muchas decisiones judiciales distintas a la sentencia ponen fin al proceso penal de manera perpetua; por ejemplo, el auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción. Superada esta cuestión formal, debe tenerse en cuenta que el auto que rechaza la denuncia fiscal puede fundarse en distintas razones, como puede deducirse del artículo 77 del CPP; por ejemplo: a) insuficiencia de pruebas del hecho imputado;

¹⁰⁴ Fundamento 6.

¹⁰⁵ Fundamento 7.

¹⁰⁶ Fundamento 4.

¹⁰⁷ Véase especialmente José Luis Castillo Alva: “¿Constituye cosa juzgada el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia* 62/2003, p. 135.

¹⁰⁸ Del mismo modo, Arsenio Oré Guardia: *Manual de derecho procesal penal*, 2.ª ed., Lima: Alternativas, 1999, p. 315.

b) el hecho imputado no constituye delito, por falta de tipicidad o por concurrir una causa de justificación o de inculpabilidad; c) no individualización o insuficiente individualización de los autores y partícipes; d) porque la acción penal ha prescrito; e) porque concurre alguna otra causa de extinción de la acción penal, como la ausencia de una condición objetiva de punibilidad.

El distinto fundamento de cada uno de estos casos aconseja un tratamiento diferente frente a la cosa juzgada. Como destaca San Martín Castro:

Más allá de acotar que un auto denegatorio de instrucción se expide, en muchos supuestos —y siempre según la jurisprudencia mayoritaria—, en función al análisis de la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, entonces, es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada [...] Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa —o puede pasar— por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darán los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso [...] del auto que decreta el archivo de un proceso, aun en la fase previa, por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia.¹⁰⁹

En todos estos casos, cuando se constata judicialmente la irrelevancia penal de los hechos que se imputan, el auto de no ha lugar a abrir instrucción tiene la condición de cosa juzgada, por lo que está absolutamente prohibido reiterar la persecución penal por lo mismo, aun cuando surgieran nuevas pruebas de ese hecho penalmente intrascendente. La seguridad jurídica, como garantía del Estado de derecho, impide que la jurisdicción pueda revisar una y otra vez si la ley penal proscribiera o no el hecho. En ese contexto son irrelevantes los argumentos del TC de ausencia de una investigación judicial, etapa probatoria o contradictorio, pues la satisfacción de estas condiciones no hará variar el juicio de valor sobre el sentido de la imputación en el derecho penal. Como reseña Sánchez Velarde:

[...] dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en la decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por la instancia superior, lo que equivale al sometimiento a un nuevo juicio valorativo.¹¹⁰

Debe aceptarse como corolario que, si el rechazo de la denuncia fiscal no obedece a un pronunciamiento de fondo, sino, por ejemplo, a la insuficiencia de pruebas, la falta de un requisito de procedibilidad o la no individualización de los denunciados, entonces no existe cosa juzgada; la persecución podrá renovarse tras superarse la insuficiencia probatoria o satisfacerse el presupuesto procesal respectivo.

¹⁰⁹ San Martín Castro: o. cit., p. 503.

¹¹⁰ Sánchez Velarde: o. cit., p. 356.