

FUNDAMENTO DEL "NE BIS IN IDEM" EN LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Víctor LIZARRAGA GUERRA¹

“Todo castigo es un error; todo castigo es malo en si mismo”

Jeremy Bentham

SUMARIO:

Alcances generales.

El *ne bis in idem* en el ordenamiento jurídico peruano.

Desarrollo jurisprudencial del principio *ne bis in idem*.

Prevalencia del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador.

Conclusiones.

ALCANCES GENERALES

Algunos autores utilizan la nominación de *non bis in idem*, mientras que otros optan por la expresión *ne bis in idem*. Se sostiene que entre ambos términos existen diferencias en cuanto a su conceptualización. Se define el *ne bis in ídem* como: “Nadie puede ser enjuiciado por los mismo hecho que hayan sido juzgado por resolución firme en un tribunal penal”, mientras que la definición de *non bis in ídem* “Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito”. En ese sentido, se entiende que el *ne bis in idem* tendría un mayor alcances, pues se refiere de los mismos hechos, mientras tanto en el *non bis in ídem* los alcances son mas restrictivos, pues solo se refiere a delitos. Cabe señalar, que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional utilizan ambos conceptos de forma indistinta, en razón que sus efectos tiene la misma connotación “no dos veces de lo mismo”, nosotros utilizaremos indistintamente ambos términos.

El principio del *ne bis in ídem* tiene sus orígenes en el derecho procesal y se manifiesta en las vertientes material y procesal, el Tribunal Constitucional Español en su segunda sentencia², considera pronunciarse sobre el principio del *ne bis in idem* en la Sentencia 2/1981 de 30 de enero, cuya importancia no reside sólo en el hecho de ser pionera en reconocer dicho principio como de relevancia constitucional, sino también en que, intentando ofrecer una visión integral de aquél, puso de manifiesto de

¹ Abogado por la Universidad Peruana Los Andes-Huancayo, egresado de la maestría con mención en derecho procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, estudios de maestría en Gestión Pública por la Universidad Nación del Centro del Perú, Post Título en Derecho Procesal Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Juez Superior del Callao - Perú.

² Desde su reconocimiento constitucional con la Constitución Política 1979

manera sistematizada una serie de elementos que habrían de constituir la base de toda discusión sobre el *ne bis in idem* en el país ibérico³.

En cuanto al desarrollo del principio del *ne bis in idem*, por el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que cuenta con una doble dimensión: en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico; mientras que en su vertiente procesal, garantiza el derecho a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, siguiendo la misma línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional español.

Encontramos diversas opiniones en la doctrina y la jurisprudencia comparada en relación a la naturaleza jurídica del *ne bis in idem*, así por ejemplo encontramos que es considerado principalmente como derecho y como principio- Un estudio profundo de esta figura implica conocer su surgimiento y aplicación en el derecho, en el transcurso del cual apreciaremos que surgirán muchas interrogantes de difícil solución, dada la escasa y reciente atención que se le ha otorgando a esta figura y las contradicciones de los pronunciamiento jurisprudenciales.

Es necesario señalar que no se pretende estudiar el surgimiento del *ne bis in idem* en el derecho, y que ello resulta imposible por su extensión, pero se hará una introducción a dicho tema con el fin de ubicarnos en el desarrollo de la figura en el tiempo y lo que si se analizará es sus alcances y vigencia en relación a los procedimientos disciplinarios de los funcionarios y servidores públicos en el Perú y los efectos materiales y procesales.

EL *NE BIS IN IDEM* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

El *ne bis in idem* en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Los Convenios Internacionales que el Perú ha suscrito conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú⁴, integran el ordenamiento jurídico peruano, los cuales reconocen el principio del *ne bis in idem*. Así tenemos por ejemplo la cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. De igual manera, la cláusula 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos expresa que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. VELA GUERRERO, Anderson advierte una diferencia sustancia entre los convenios internacionales señalados, el cual compartimos:

“... Con relación a estos dos convenios, es oportuno señalar que la formula utilizada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, -mismo delito- es restrictiva en comparación con el término que utiliza la Convención Americana – mismos hechos-, que es un término más amplio en beneficio de la víctima. Esta diferencia, es realmente de suma importancia para la aplicación del principio aludido, pues, no se

³ STC 2/1981, fundamento jurídico cuarto: “El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc... – que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración (...). Si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo, no por ello cabe silenciar que (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución”

⁴ (...) Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (...)

necesita recurrir al análisis restringido de sí es el mismo delito (elemento de tipicidad), sino a los hechos que generaron la persecución estatal (elemento material)...”.

El *ne bis in ídem* en la legislación nacional

La Constitución Política del Perú, no define expresamente el principio del *ne bis in ídem*, sino existe un reconcomiendo implícito en el artículo 139° inciso 13° de la C. P. P el cual señala: Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)”⁵, el cual ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en el Exp. 2050-2002-AA/TC, similar deficiencia la encontramos en la legislación española donde el principio del *ne bis in ídem* no esta expresamente definido, sino existe un reconocimiento implícito en el Art. 25.1 de la Constitución de España “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, conforme se demuestra en el fundamento cuarto de la STC 2/1981 del 30 enero de 1981 el cual señala:

“... si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 al 30 de la Constitución, que reconoce los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53, número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución...”.

Así mismo, encontramos reconocido este principio en el artículo 90° del Código Penal, que expresa: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. Sin embargo, es la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) el primero en reconocer el *non bis in ídem* como un principio y garantía de la potestad sancionadora del Estado el cual establece en el artículo 230.10 (...) Non bis in ídem.- 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 (...).”.

En relación a los procedimientos administrativos por responsabilidad funcional a cargo de la Contraloría General de la República la Directiva N° 008-2011-CG/GDES aprobado por el Resolución de Contraloría N° 333-2011-CGen el numeral 5.3.12 reconoce el principio del *non bis in ídem* en el procedimiento sancionador “... No se puede imponer sucesivas o simultáneamente dos o mas sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de hechos, personas y fundamento. Asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento...”.

Finalmente los alcances de estas normas son reafirmados y ampliados en el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (de julio de 2004), que dice:

“Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las

⁵ En la STC- 0729-2003-HC-TC El Tribunal Constitucional reconoce el principio del *non bis in ídem* en el Art. 139. Inc. 3 de la Constitución Política “(...) Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in ídem*), constituye un cometido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución (...)”

sanciones penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo. (...)."

Del análisis de los artículos y de la legislación peruana que reconocen el principio del *ne bis in ídem* y con los cambios efectuados, ya no es necesario acudir al Tribunal Constitucional para evitar situaciones de *bis in ídem*, sino que los propios tribunales penales ordinarios y los administrativos tendrán que hacer valer lo dispuesto explícitamente por el Código Procesal Penal, la Ley del Procedimiento Administrativo General y Directiva N° 008-2011-CG/GDES en el caso del procedimiento sancionador contra funcionarios y servidores públicos.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM

La Configuración material del principio del *ne bis in ídem*

El Tribunal Constitucional Peruano, en la STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC fundamento 19 configura el principio del *non bis in ídem*, en dos vertientes: material o sustantiva y procesal, así por ejemplo, respecto a la vertiente material⁶ ha establecido:

"... 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"

De igual forma el Tribunal Constitucional español en la segunda sentencia emitida desde su creación consideró permitente desarrollar el principio del *non bis in ídem* en la STC 2/1981 de fecha 30 de enero de 1981 fundamento 4 "(...) el principio general del derecho conocido por *non bis in ídem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicada de sanciones – administrativa y penal- en los casos en los que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración- relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración (...)"

Sobre la existencia de una triple identidad

La aplicación de este principio exige la presencia al caso concreto de tres "identidades". En primer orden, se debe tratar de la misma persona (*eadem persona*); en segundo orden, se debe tratar del mismo hecho (*eadem res*), y por último debe tratarse de los mismos fundamentos (*eadem causa pretendi*).

Identidad personal.- Teniendo en cuenta que este principio constituye una garantía individual, a lo que apunta es que sólo aquélla persona natural frente a la cual el Estado desplegó su potestad sancionadora pueda ser objeto de una nueva o paralela acción estatal⁷.

⁶ Para CARO CORIA, Dino: "...El contenido material del *ne bis in ídem* 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

⁷ 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.

Identidad de hecho.- Se refiere a un hecho igualmente fáctico, y no a una identidad de calificación jurídica, no obstante ello su delimitación conceptual presenta innumerables problemas por lo que considero que la semejanza de hechos debe darse en cuanto a la estructura básica de la hipótesis fáctica, es decir que en términos generales el hecho sea el mismo.

Identidad de fundamento.- Debe exigirse diferentes fundamentos, esta referida a la presencia de bienes o interés jurídico de naturaleza distinta, que cada esfera normativa protege por su cuenta, así lo ha considerado el Tribunal Constitucional: "...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..."⁸, así como también en la STC. 00361-2010 –PA/TC fundamento 5 refiere: "(...)En el presente caso, más allá de que resulta evidente que el recurrente ha iniciado el presente proceso con el propósito de que la sede constitucional revise la actuación probatoria que llevó a la jurisdicción penal militar policial al imponer una sanción penal, no se evidencia la afectación del principio ne bis in ídem en la medida que si bien pudiera existir identificación de persona e identidad de hechos (fojas 3 y ss.), no existe identidad de fundamento o contenido de lo injusto (pues no existen dos sanciones administrativas, ni dos sanciones penales, sino una sanción administrativa y una sanción penal), de modo tal que debe desestimarse la demanda (...)"

En esta parte deseo señalar, que no se presenta el non bis in ídem cuando existen fundamentos diferentes en los casos de concurrencia de pena y sanción administrativa, siempre en cuando exista una relación de sujeción especial⁹, como es el caso de los procedimientos administrativos por responsabilidad funcional dirigido contra funcionarios y servidores de la administración pública, las cuales tiene por finalidad garantizar el interés general y la moral administrativa¹⁰ como garantía del buen funcionamiento del servicio¹¹

Para M, BELEN JALVO en relación a la inaplicación del non bis in ídem refiere: (...) Así, se entiende que no existe vulneración del principio non bis in ídem porque la sanción penal y la sanción disciplinaria protegen bienes jurídicos distintos. El hecho de que los delitos castigados hayan tenido en cuenta la condición de funcionario del sujeto activo, no significa que los bienes protegidos por éstos coincidan con los propios de la sanción disciplinaria. (...)"¹²

Es de la misma opinión GUZMAN NAPURÍ, Christian (...) Ahora bien, cierto sector de la doctrina considera que el principio de *no bis in ídem* admite excepciones a nivel de

⁸STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC fundamento 19

⁹ Para B. MARINA JALVO "(...) La relación de sujeción especial propia de los funcionarios ha servido al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo para permitir la acumulación – de forma mas o menos automática – de sanciones penales y disciplinarias por un mismo hecho (...)"

¹⁰ EL Tribunal Supremo español se ha pronunciado en la SSTS de 23 de enero de 1978 "(...) el significado eminentemente ético del Derecho Disciplinario, en cuanto que su objetivo primordial mas que el restablecimiento del orden social quebrantado es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y la garantía de la normal actuación de los funcionarios de la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les este encomendado, y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fije la ley; y por ello, el Derecho sancionador disciplinario, predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar aspecto este último reservado a la jurisdicción penal y de hay que no repugne la coexistencia de ambos tipos de corrección (...)"

¹¹ Para GARCIA CAVERO, Percy (...) Pero así como se ha hecho evidente la necesidad de impedir una doble sanción en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa en los casos de una relación de sujeción general, la opinión mayoritaria sostiene también que la duplicidad de sanciones resulta legítima cuando la sanción administrativa se funda en la vulneración de una relación de sujeción especial, especialmente cuando se trata de funcionarios públicos (...)

¹² Marina Jalvo, B. "*Derechos disciplinario y potestad sancionadora de la Administración*". Ed. Lex Nova, 3ra edición 2006, pág. 199.

procedimiento disciplinario, dada la discutible aplicación del concepto de relación de sujeción especial. Esta última consideración parece ser de aplicación en materia de responsabilidad de la Administración Pública fundamentalmente por aplicación del principio de autonomía de responsabilidades consignando en el artículo 243° de la Ley N°2744 (...)¹³

La Configuración procesal del principio del *ne bis in ídem*

El principio del *ne bis in ídem* en su manifestación procesal 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 art. 139.13 de la Constitución Política. El Tribunal Constitucional en la STC emitida el 16 de abril del 2003, en el expediente 2050-2002-AA-TC sobre acción de amparo interpuesta por Flor Milagros Ramos Colque, ha señalado:

“...En su vertiente procesal, tal principio significa que nadie puede 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)...”¹⁴ .

El *ne bis in ídem* procesal ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de setiembre de 1997 en el caso María Elena Loayza Tamayo contra el Estado Peruano en el cual se estableció que si una esfera judicial – en ese caso la justicia militar – se pronuncia al final del procedimiento sobre los hechos que fueron materia de procesamiento, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra referencia típica, sea de conocimiento de otra esfera judicial – la justicia ordinaria - pues a decir del profesor Cesar San Martín, este fallo, “...constituye, en buena cuenta, la consagración jurídica del *ne bis in ídem* procesal, que proscribe no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real”¹⁵ Dicho enfoque ha sido ratificada por las STC de 14 de abril de 2003, Exp. N° 0729-2003-HC/ TC y de 24 de noviembre de 2004, Exp. 2868-2004-AA/ TC, que además se remiten al Art. 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 ley y el procedimiento penal de cada país”.

En relación a la expresión procesal del *non bis in ídem* consideramos que el Estado esta en la obligación de garantizar la protección de los derecho fundamentales del ciudadanos impidiendo la doble persecución y sanción de la realización de un injusto penal o administrativo La Suprema Corte de los Estados Unidos 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

¹³ GUZMAN NAPURÍ, Christian: “Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo” Ed. Caballero Bustamante, 1ra Edición, Lima-2011, pág. 833

¹⁴ STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC fundamento 19

¹⁵ Cesar San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Volumen I, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2003, Pag. 106

permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable”.

PREVALENCIA DEL DERECHO PENAL FRENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El nuevo Código Procesal Penal en el Art III del Título Preliminar reconoce la Primacía del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo y el principio del non bis in ídem en su manifestación procesal “...Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más 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...”¹⁶

Ante de sentar nuestra posición sobre la premisa aceptada por la mayoría en relación a la primacía del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador, se hace necesario efectuar una distinción entre el delito e infracciones administrativas.

Diferencias entre el injusto penal e infracciones administrativas.

Para el jurista Alemán James Goldschimedt, los delitos penales serían sólo aquellos comportamientos declarados ilícitos por la ley; por el contrario, las infracciones administrativas, estarán constituidos por la contravención de obligaciones positivas del individuo en tanto miembro de la sociedad, es decir los delitos son conductas comisivas y los ilícito administrativos son conductas omisivas.

El Jurista Italiano Guido Zanobini señala: “... el comportamiento delictuosos implica la violación de una ley (norma jurídica), mientras que la infracción administrativa es simplemente inobservancia de órdenes o mandatos administrativos, que para dicho autor no tienen el rango de jurídicas...”¹⁷, adoptando la posición cualitativa.

Teniendo en consideración que el debate teórico para diferencias los delitos e infracciones administrativas se inicio en el siglo XX, donde se establecía que los delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico, es decir, la afectación de un valor social vital, mientras que el delito administrativo era considerado simplemente como un acto de desobediencia a la relación de dependencia con la Administración estatal.

Sin embargo, en los años setenta los planteamientos dominantes enfocados en base a las teorías cualitativa, viene siendo enfrentadas por el desarrollo conceptual del bien jurídico el cual se fundamenta en aspectos socio –funcionales, dejando de lado las consideraciones éticas, el cual originó que la doctrina especialmente penal considere que el injusto penal y las infracciones administrativas lesionen bienes jurídicos¹⁸

Consideramos que el derecho penal sigue criterios de imputación personal de un injusto propio, aun cuando tales criterios puedan flexibilizarse en aras de mayor

¹⁶ Sobre el particular ha manifestado C. CARO CORIA “(...)la LPAG no introdujo el sentido del ne bis in ídem procesal, lo que fue advertido por la Comisión Especial Revisora del Código Penal creada por la Ley N° 27837 y que en el Anteproyecto de abril de 2004 de reforma de la Parte General del CP propuso introducir como art. 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” (pf. 1), “El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo” (pf. 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° 957, el art. 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” (pf. 1), a lo que añade que “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” (pf. 2).

¹⁷ Zanoboni, Guido, El problema de la Pena Administrativa, en –Revista Crítica de Jurisprudencia, año 1933, pág. 460.

¹⁸ Para Manuel Gómez Tomillo: “La tesis actualmente mayoritaria defiende ambos fenómenos poseen la misma naturaleza, se acepte o no sin matices la tesis cuantitativa. Con independencia de los matices que a tal punto de vista se puedan formular, la conclusión ineludiblemente asociada a tal punto de vista, y que debemos mantener aquí, es que infracción penal y la infracción administrativa serían esencial, material, sustancialmente idénticas”

eficacia (delitos de peligro abstracto), mientras que el Derecho administrativo sancionador sigue criterios de afectación general, y el derecho disciplinario se basa fundamentalmente en la protección de la moral administrativa, conforme viene siendo entendido por la Corte Suprema en la sentencia vinculante R.N. 2090-2005 del 7 de junio de 2006 en su Considerando Cuarto al señalar textualmente que “el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación”, el cual significa que el Derecho administrativo sancionador no se rige por la lesividad de un bien jurídico, sino por criterios de afectación general, lo que hace que no requiera la afectación a un bien jurídico, sino la mera desobediencia a reglas de ordenación.

Prevalencia de pronunciamiento penal en los caso de conflictos entre normas penales y normas sancionadoras administrativas

La doctrina penalista sostiene la primacía del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo sancionador, basándose en meras consideraciones cronológicas y valorativas, que exige la primacía del proceso penal frente al procedimiento administrativo; toda vez que lo sancionado en sede administrativa no vincula a la jurisdicción penal, mientras que lo resuelto en un proceso penal sí vincula a la Administración.

Para REÁTEGUI SÁNCHEZ refiere sobre la prevalencia del derecho penal frente al procedimiento administrativo sancionador: "(...) En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionatoria de la Administración debe subordinarse siempre a la de los Tribunales de justicia, luego que aquella no puede actuar mientras no lo hayan hecho éstos, es decir, "pendencia le proceso penal constituye un óbice para la simultanea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos" (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 152/2001). Por ello se infringe el ne bis in ídem si por la misma ilicitud se ha iniciado un proceso penal y otro administrativo, ya que el poder vinculante del Poder Judicial con relación a la administración pública así lo exige (...) ¹⁹, posición doctrinaria que no compartimos.

El maestro ALEJANDRO NIETO dice al respecto: "(...) La prevalencia de la resolución penal es aquí, por tanto bastante dudosa y responde mas bien a un doble juego de ficciones tradicionales inerciales: por un lado, la de que la sanción procede siempre de la Administración, sin que tenga efectos jurídicos relevantes la intervención del Tribunal revisor; y, por otro lado, la de que el procedimiento judicial penal es el que mejor asegura los derechos individuales frente a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo. Un perjuicio que carece por completo en la actualidad de razón de ser, dado que los tribunales contenciosos-administrativos ofrecen las mismas garantías de independencia institucional y de defensa de los ciudadanos (....) ²⁰,

El máximo intérprete de la constitución ha emitido sentencias contradictorias en relación al sometimiento del procedimiento administrativo sancionador frente al derecho penal, por ejemplo en la STC -0970-01-AA/TC fundamento sexto, señala:

(...) 6. La actuación en sede judicial constituye un acto que prima sobre el efecto sancionador del ente administrativo, ya que se ha determinado la inexistencia de responsabilidad penal en la conducta del demandante. En consecuencia, al denegarse la reincorporación del demandante a su puesto de trabajo, se ha violado los derechos a la libertad de trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la presunción de inocencia y al honor y la buena reputación, consagrados en los artículos 2 inciso 7), 22 y 27 de la Constitución Política del Perú (...)"

Por otro lado el Tribunal Constitucional emite otra sentencia reconociendo la independencia del procedimiento administrativo sancionador frente al derecho penal en la STC 1556-2003-AA/TC fundamento segundo, de fecha 16 de julio de 2003, el cual queda demostrado que no existe una posición definida por el TC ²¹.

¹⁹ Vid., así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *La garantía del "ne bis in ídem"*, p. 90 y ss.

²⁰ Vid., NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Madrid, 2005, p. 486 y ss.

²¹ Marcial Rubio refiere sobre el particular "Un segundo aspecto del principio non bis in ídem que se ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional es el de naturaleza procesal. Ha tenido marchas y contramarchas que es preciso reseñar. Durante el año 2002 pueden encontrarse sentencias del Tribunal Constitucional que establecen el sometimiento de la decisión administrativa a la decisión penal sobre un determinado asunto. (se refiere a la sentencia del Exp. 0970-01-AA-TC del 21.08.02) (...) En este caso, es claro que el criterio del Tribunal consistió en que la suerte de la sanción administrativa sigue a la suerte de la sanción penal. (...) pero el 3 de diciembre de 2002 cambio de criterio (Sentencia Exp. 1673-2002-AA.TC del 3.12.02) en este caso, el Tribunal

“(…) 2. En primer lugar, el Tribunal Constitucional no considera que, en el caso de autos, se haya violado el principio de presunción de inocencia, puesto que el órgano emplazado no suspendió el procedimiento administrativo disciplinario en espera de que se pronunciara el fuero ordinario. En efecto, si hubiese existido tal obligación de suspensión del procedimiento disciplinario, en realidad, el derecho afectado hubiese sido el *non bis ídem* en su vertiente procesal, esto es, la prohibición de que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho. Sucede, sin embargo, que, conforme se puede corroborar con lo expuesto en el fundamento anterior, ambos –el proceso judicial y el procedimiento disciplinario– persiguen determinar si hubo responsabilidad por la infracción de dos bienes jurídicos de distinta envergadura: en el proceso penal, la responsabilidad por la eventual comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, mientras que en el procedimiento administrativo disciplinario, la responsabilidad administrativa por la infracción de bienes jurídicos de ese orden. (…)”

El Tribunal Constitucional Español (TCE) emitió la Sentencia 2/2003 de fecha 16 de enero de 2003 relacionado a la prevalencia de los tribunales penales sobre el procedimiento administrativo sancionador, el cual ha sido comentado por B. MARINA JALVO: “...Por muy loable que resulte el empeño en asegurar la prevalencia del pronunciamiento de los Tribunales penales, el argumento empleado por la STC 2/2003 resulta excesivamente artificioso. Si el propio Tribunal Constitucional parte de considerar que el procedimiento administrativo sancionador no reúne garantías comparables a las típicas del proceso penal, ¿cómo es posible sostener después que la tramitación de este procedimiento es insignificante desde el punto de vista de la prohibición constitucional de dualidad de procedimientos sancionadores?...”²², no compartimos con los fundamentos del TCE, en razón que los procedimientos administrativos están en la obligación de garantizar los derechos fundamentales de los administrados, las cuales están sujetas posteriormente al control del órgano jurisdiccional a través de los procesos contencioso administrativos.

En ese sentido, la premisa de la prevalencia del derecho penal frente al procedimiento administrativo sancionador no es convincente a pesar que está expresamente reconocido en el nuevo Código Procesal Penal, la jurisdicción penal no puede limitar la efectividad de la administración pública para determinar responsabilidades²³, en especial en los procedimientos administrativos por responsabilidad de los funcionarios públicos inidóneo, que podría mantenerse en la Administración durante mucho tiempo

reconoció (...) que el procedimiento administrativo y el proceso penal son distintos por naturaleza y origen y que, por tanto hay independencia entre uno y otro (...) la sanción administrativa es sancionar una conducta funcional, mientras que la finalidad del proceso jurisdiccional es sancionar una conducta penal. En los términos de los requisitos expresados por el tribunal, habrá que decir que hay identidad de sujeto y de hecho, pero no de fundamento. El 16 de abril de 2003 hay, sin embargo, una sentencia que regresa a la primera interpretación (se refiere a la sentencia Exp. 1673-2002-AA-TC del 3.012.03) (...) De esta sentencia queda claramente establecida una parte de la regla procesal del principio *non bis in idem*: la de que significa la imposibilidad de ser juzgado dos veces por los mismos hechos. (...) pocos meses después el Tribunal Constitucional vuelve a hacer oscilar el péndulo y establece nuevamente la independencia del procedimiento administrativo en relación con la jurisdiccional (se refiere a la STC 1556-2003 .AA-TC del 16.07.03). (...) en definitiva parece que el Tribunal Constitucional considera como prevaleciente el criterio de la independencia de la sanción administrativa de la jurisdiccional por la diferente finalidad de una y otra. No ha sido muy clara la expresión jurisprudencial, pero es lo más consistente que puede citarse.” Marcial Rubio. 352 – 362. “La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”.

²² B. MARINA JALVO “*La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio de non bis in idem*”, en Revista de Administración Pública N° 162-setiembre-diciembre 2003.

²³ En ese sentido, como regla general no se excluirá el proceso penal y el procedimiento administrativo y las sanciones en los mismos órdenes serán perfectamente acumulables, salvo que se compruebe la triple identidad ya manifestada. Por ello, aun lo resuelto en un proceso penal o en un procedimiento administrativo no se encuentra necesariamente vinculado al primero, ya que ambos tienen órdenes distintos (MORON URBINA, Juan Carlos: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Ed. Gaceta Jurídica. 9na Edición, Lima 2011, pág. 732.)

a pesar que hayan cometido actos arbitrario o hechos ilegales, lo que afectaría sustancialmente el sentido de la regulación disciplinaria.

CONCLUSIONES

El principio del ne bis in ídem, constituye una garantía constitucional el cual esta reconocido implícitamente en la Constitución Política y desarrollada en sentencias del Tribunal Constitucional, así como, en normas con rango de ley, no se presenta el ne bis in ídem cuando existen fundamentos diferentes en los casos de concurrencia de pena y sanción administrativa, siempre en cuando exista una relación de sujeción especial. En relación a la prevalencia del derecho penal frente al procedimiento administrativo sancionador, consideramos que constituye una premisa equivocada en razón que la eficacia sancionadora de la administración no puede detenerse, claro esta que debe respetarse las garantías procesales de los administrados, las cuales están sujetas a control en los procesos contenciosos administrativo.