

La aplicación del principio *non bis in idem* en el delito de manejar en estado de ebriedad: ¿Cuál es la consecuencia si el primero que interviene es el derecho administrativo sancionador y posteriormente pretende intervenir el derecho penal?

Fernando Vicente NÚÑEZ PÉREZ ^(*)(1)

SUMARIO:

I. La aplicación del NON BIS IN IDEM en distintos sectores del mismo y único IUS PUNIENDI.

RESEÑA:

Para aplicar el principio *non bis in idem*, debe cumplirse con la triple identidad: Sujeto, hecho y fundamento en dicho caso si el mismo hecho ya ha sido objeto de sanción por parte de la administración, no puede ser sancionado por el derecho penal.

MINISTERIO PÚBLICO

CUADRAGÉSIMA QUINTA FISCALÍA PROVINCIAL

PENAL DE LIMA

Ingreso N° 385-06

(*) *Maestría en Ciencias Penales por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional y en Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente en el Curso de Práctica Forense del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2005-2009). Conferencista y capacitador permanente de la Dirección de Difusión Legislativa - Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia en todo el país con respecto a la implementación del Nuevo Código Procesal Penal y en temas vinculados al Código Procesal Constitucional (2007-2009).*

(1) *El suscrito fue quien asumió la defensa técnica en el presente caso.*

Lima, doce de febrero del dos mil siete.-

VISTOS: El Atestado Policial número cero treinta y cinco-seis-cero-VII-DIRTEPOL-DI-VPOLMET-S1-CCH-SIAT cursado por la Comisaría de Chorrillos, mediante el cual da cuenta del resultado de las investigaciones preliminares practicadas en relación a la denuncia formulada contra: **JAIME ROLANDO CABALLERO RODRÍGUEZ**, por la presunta comisión del delito contra La Seguridad Pública – Delito de Peligro Común -, (Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad), en agravio de la Sociedad; y, **ATENDIENDO:** A que, los hechos materia de la presente hipótesis inculpativa estriba en el sentido que, con fecha diez de febrero del año próximo pasado, siendo aproximadamente las dos horas, personal policial en ejecución del Operativo Alcoholemia-2006 realizado en la avenida Paraguay altura de la salida del túnel de la Herradura, con participación del Representante del Ministerio Público, intervino el vehículo de placa de rodaje JO-catorce ochenta, conducido por el denunciado Caballero Rodríguez, el mismo que al ser sometido a la prueba de alcoholemia, dio como resultado cero punto noventa y nueve gramos de alcohol en la sangre, conforme se aprecia del certificado de dosaje etílico número B-once treinta de fojas seis, denotando que tal denunciado habría conducido su unidad vehicular con visibles síntomas de ebriedad; ahora bien; y, **CONSIDERANDO:** De la revisión y análisis de lo actuado a nivel preliminar se advierte lo siguiente:

PRIMERO: Que, estando a los hechos materia de la presente inculpativa se advierte que durante el ínterin de las pesquisas preliminares se advierte que existen indicios razonables de la comisión del delito denunciado, si se tiene en cuenta

las formas circunstancias de la intervención policial descrita en el punto I del documento policial mencionado en el exordio de la presente, así como del resultado del certificado de dosaje etílico antes citado, como la versión policial del imputado, el mismo que señala que momentos antes de la intervención policial había ingerido cerveza en una reunión familiar conforme se aprecia a fojas cinco;

SEGUNDO: Que, teniendo en cuenta la naturaleza del delito materia de la presente investigación, el mismo que se encuentra dentro de los presupuestos para la aplicación de la institución procesal del Principio de Oportunidad, por ello es que mediante resolución de fecha nueve de junio del dos mil seis, se dio inicio a la aplicación de tal principio, empero, el denunciado no concurrió a manifestar su consentimiento expreso, conforme exige el artículo dos del Código Procesal Penal, contrariamente mediante escritos de fojas veinte/veintiocho y veintinueve/cuarenticinco, invocó la aplicación de la garantía constitucional del **NON BIS IN IDEM** al alegar que el hecho fáctico materia de imputación anteriormente ha sido objeto de sanción en base a las reglas del Derecho Administrativo Sancionador Común (papeleta por la infracción), por cuanto el Estado a través de su ius puniendi ya fue resarcido, proscribiendo toda reiterancia sancionadora sobre un mismo contenido de injusto (triple identidad), sea éste a través del derecho administrativo sancionador como por el derecho penal (ambos brazos como parte de un mismo y único ius puniendi sancionador estatal);

TERCERO: Que, estando a la invocación de la garantía constitucional antes citada, es necesario precisar que, el Estado como ente jurídico y político, se encuentra dotado de funciones o atribuciones que le son propios, y que se encuentran

407

dirigidas al cumplimiento de determinados fines, variables según las circunstancias especiales y temporales de cada cultura y que constituye su propia justificación; el principal y más gravoso mecanismo de sanción creada por el Estado, es el derecho penal, en su aspecto tanto sustantivo como adjetivo; pero no es la actividad persecutoria penal única con la que cuenta el Estado para sancionar quebrantamientos normativos, sino también existe el derecho administrativo sancionador, evidentemente que tal actividad sancionadora, no es ilimitada, sino por el contrario, está debidamente encuadrada en diversos presupuestos y dominados por ciertos principios, necesarios para proteger al individuo de una excesiva y desproporcionada actividad represora del Estado, es así que encontramos el principio *non bis in idem*, el mismo que se traduce en el derecho de los ciudadanos a no ser perseguidos ni condenados dos veces, ya sea en un mismo procedimiento, como el penal, o en procedimientos distintos: uno penal y otro administrativo;

CUARTO: Que, tal garantía no solo se sustenta en el principio del debido proceso, sino también en el principio de legalidad y proporcionalidad conforme señala el Tribunal Constitucional (véase STC. Exp. N° 2050-2002-AA/TC); siendo imperativo resaltar que para la procedencia del **non bis in idem**, debe darse la concurrencia de tres requisitos o identidades, éstas son: **a.- identidad personal** (una misma persona debe ser sujeto imputado de los procesos judicial y administrativo respectivamente); **b.- identidad de hecho** (cuando el suceso fáctico debe ser el mismo en ambos procesos, no interesando la calificación jurídica o *nomen iuris* que se le atribuya –delito, falta o infracción administrativa); **c.- identidad de fun-**

damento (esto es que los intereses tutelados o bienes jurídicos, deben ser los mismos en ambos sistemas sancionadores);

QUINTO: Que, estando a lo glosado precedentemente y teniendo en cuenta que la potestad sancionadora del Estado es una sola, de allí que la infracción de la norma penal y administrativa, así como sus correspondientes sanciones, constituyen “una misma manifestación del ius puniendi del Estado ...” (*Reyna Alfaro, Luis Miguel, Manual de Derecho Penal Económico. Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p. 217*); en tal sentido el artículo tercero del título preliminar del Código Procesal Penal señala lo siguiente: “*Interdicción de la persecución penal múltiple.- 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*”;

SEXTO: Que, bajo tal contexto normativo, conforme a lo ya señalado, al denunciado Caballero Rodríguez se le intervino el diez de febrero del año próximo pasado, en la jurisdicción de Chorrillos, a mérito de un operativo policial, por la conducción del vehículo de placa de rodaje JO-1480 con visibles síntomas de ebriedad, lo cual fue corroborado con el certificado de dosaje etílico número B-once treinta de fojas seis, señalándose en el documento policial elaborado a mérito de dicha intervención policial, que se le impuso la papeleta de infracción al Reglamento Nacional de Tránsito N° 6173146 Inf. C-01 (a), papeleta que fue remitido a la DIVPOLTRAN conjuntamente con la Licencia de Conducir N° Q-09463572 A-_i conforme se aprecia del punto

408

410

III-D del atestado policial en mención; posteriormente la autoridad policial evacua tal documento policial a esta Fiscalía Provincial Penal en donde se concluye de la existencia de indicios reveladores de la comisión del delito descrito en el artículo doscientos setenticuatro del Código Penal, motivando a que el denunciado esté sujeto a dicha investigación preliminar; de lo expuesto líneas precedentes se puede determinar que en el caso sub júdice, es atendible la aplicación **de la garantía constitucional *non bis in idem***, por cuanto en la infracción administrativa se le impuso la papeleta de tránsito al denunciado, igualmente concurre la identidad de hecho, la que está referida a las circunstancias de haber estado manejando el vehículo de placa de rodaje JP-1480 en estado de ebriedad el diez de febrero del dos mil seis; además de ello debe de tenerse en cuenta que en el propio atestado policial invocado en el exordio de la presente en el punto III-D se consigna que al denunciado se le impuso la papeleta de infracción de tránsito antes descrita, conforme aparece de la copia simple del oficio de fojas trece, lo que afirma la identidad de sujeto y hecho; por último se presenta la identidad de fundamento, pues tanto en la órbita administrativa, como en la penal, el sustento del reproche penal es el haber generado un peligro para la seguridad pública de las personas y bienes, por lo que, el bien jurídico protegido es el mismo, la seguridad pública;

SÉPTIMO: Que, de los expuesto precedentemente podemos concluir que al denunciado se le aperturó investigación preliminar, poniendo de manifiesto a posteriori de haberse concluido un proceso en la vía administrativa, con lo cual la sanción impuesta en esa vía no solo quedó firme, sino cumplida; por ende conforme al principio constitucional del *non bis in idem*, componente del derecho fundamental del debido proceso resulta manifiestamente indebido que el imputado sea materia de una investigación penal por el mismo hecho.

Por las consideraciones antes expuestas y de conformidad con el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, esta Fiscalía Provincial Penal de Lima, **DECLARA: EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL** iniciada contra: **JAIME ROLANDO CABALLERO RODRÍGUEZ**, por la presunta comisión del delito contra la Seguridad Pública – Delito de Peligro Común (Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad) – en agravio de la sociedad, disponiéndose el **ARCHIVO DEFINITIVO**⁽²⁾ de los actuados; notificándose con arreglo a ley.

HMS/yiv

HUMBERTO MENDEZ SALDAÑA
Fiscal Provincial Titular
De la Cuadragésima Quinta Fiscalía
Provincial Penal de Lima

(2) Si bien esta decisión pudo ser impugnada a través del Recurso de Queja conforme lo autoriza el artículo 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Procuraduría Pública del Ministerio Público consintió los efectos del archivo definitivo, adquiriendo la seguridad jurídica de la cosa decidida.

COMENTARIO

1. LA APLICACIÓN DEL *NON BIS IN IDEM* EN DISTINTOS SECTORES DEL MISMO Y ÚNICO IUS PUNIENDI⁽³⁾

1.1. ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La potestad sancionadora del Estado, o el propiamente denominado ius puniendi, se manifiesta, como parte de estudio del control social formal, a través del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador.

Esta afirmación que parece obvia y conocida por todos en la práctica muchas veces es dejada de lado, es

decir, omitida e inadvertida, causando extrema preocupación por lo que, a decir de Carlos Arturo RAMÍREZ VÁSQUEZ, es evidente:

“(...) el reforzamiento de posturas que defienden la posibilidad de doble juzgamiento penal y disciplinario por un mismo hecho, respaldadas en teorías que chocan de frente con la orientación ideológica que comporta el actual modelo de Estado Social y Democrático de Derecho”⁽⁴⁾.

En cuanto a la naturaleza jurídica del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, comprendiendo también al Derecho Disciplinario Sancionador, la doctrina ha creado

412

413

(3) En la doctrina nacional, por medio de URTECHO BENITES, Santos Eugenio. “Los Medios de Defensa Técnico y el Nuevo Código Procesal Penal Peruano”. Editorial IDEMSA, Lima, p. 323, se ha sostenido que: “Cuando un mismo hecho es constitutivo de una infracción administrativa y de otra penal simultáneamente, el principio *ne bis in idem* impide imponer una doble sanción si además concurre la identidad de sujeto y de fundamento (...)”. De una posición distinta y contraria en la doctrina colombiana tenemos a BERNAL CUÉLLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio”. Tomo I. Universidad Externado de Colombia, 5ta Edición, 2004, p. 388, quienes afirman que: “El *non bis in idem*, que se extiende a todo el universo del derecho sancionatorio y del cual forma parte el derecho penal, no implica la imposibilidad de que unos mismos hechos sean castigados por autoridades de distinto orden o que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas. Lo que comporta el principio objeto de estudio “es que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionen repetidamente la misma conducta, como quiera que se produciría una inadmisibles reiteración del ius puniendi del Estado y, de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia”. De ahí que se haya admitido que una misma conducta puede dar lugar, por ejemplo, a sanciones disciplinarias y penales, e inclusive fiscales”.

(4) RAMÍREZ VÁSQUEZ, Carlos Arturo. “El principio del *non bis in idem* y su incidencia en el Derecho Penal y Disciplinario colombiano”. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007, p. 59. Este mismo autor, comentando y cuestionando el parecer de la Corte Constitucional colombiana, bajo la cita pp. 63-64, añade que: “(...) resulta cuestionable el criterio diferencial cualitativo al que acude la jurisprudencia de la Corte Constitucional para distinguir las acciones penal y disciplinaria, pues si se afirma que el derecho penal se ocupa de la protección de bienes jurídicos, mientras que el disciplinario busca asegurar la buena marcha de la administración pública, en la práctica, no resulta clara la distinción frente a las conductas que encuentran adecuación en delitos contra la administración pública o contra la administración de justicia y paralelamente se ubican como faltas disciplinarias, ya que si como se postula, el bien jurídico protegido en ambos casos es la administración pública o la administración de justicia pero con contenidos diferentes, que respecto de la antijuricidad penal –como elemento estructurante del delito–, se expresa en la lesión o puesta en peligro de intereses que son considerados por la sociedad como valiosos y dignos de tutela y salvaguarda, ello bastaría para afirmar que la facultad sancionadora del Estado en esos casos, se agota en el derecho penal, dada la gravedad que revisten determinadas conductas, lo que haría innecesaria la intervención del Derecho Disciplinario”.

414

teorías con la finalidad de poder enfrentar esta problemática, dentro de las que se puede citar a la teoría cualitativa y a la teoría cuantitativa⁽⁵⁾:

- a. **La teoría cualitativa:** Esta teoría busca encontrar criterios diferenciadores, entre lo que es el ilícito penal y el ilícito administrativo, en base a conceptos vinculados con el tipo de interés jurídicamente protegido⁽⁶⁾.
- b. **La teoría cuantitativa:** Esta teoría, que es la que asumimos en la presente investigación, busca distinguir el injusto penal del injusto administrativo dependiendo de la gravedad o lesividad a los intereses tutelados, lo que conllevaría a una reacción sancionadora dependiendo a la gravedad de la conducta realizada⁽⁷⁾. Esta teoría busca reconocer, en síntesis, que el ilícito penal y el ilícito administrativo es lo mismo, en tanto que lo único que lo diferencia es la gravedad de su comisión.

Esto le ha llevado a decir a **Roberto PEREIRA CHUMBE** que: 415

“De este modo, no resultan admisibles aquellas posturas que tratan de encontrar diferencias cualitativas, sustanciales o fórmulas eclécticas entre las sanciones administrativas y las de naturaleza penal. Ello en la medida que en estricto, son consideraciones político criminales y no la naturaleza de las cosas las que determinan que un bien jurídico se proteja a través de una de estas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. Por lo demás ello resulta mucho más claro si se advierte que muchas veces algunas conductas dejan de ser sancionadas a través del derecho penal para pasar al ámbito del derecho administrativo sancionador y viceversa”⁽⁸⁾.

Dentro de este contexto, **Carlos DE MIGUEL** y **Esteban ASTARLOA** asumen la aplicación del non bis in idem en ambas ramas del mismo y único ius puniendi, llegando a establecer que:

(5) Los criterios de delimitación que buscan establecer diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, han sido rechazados bajo la óptica cualitativa, aceptando que entre ambos sectores sancionadores únicamente existen diferencias de tipo cuantitativas, debiendo el legislador trazar los límites que resalten tales diferencias.

(6) Conforme nos explica RAMÍREZ VÁSQUEZ, Carlos Arturo. “El principio del non bis in idem y su incidencia en el Derecho Penal y Disciplinario colombiano”, cit., p. 68. Este mismo autor, comentando la aplicación jurisprudencial colombiana, bajo la cita p. 70, orienta que: “En el momento actual, la tendencia cualitativa apunta a diferenciar el ilícito penal y el disciplinario, acudiendo a criterios relativos al interés tutelado y los fines de cada uno de estos (...) posición que (...) es la línea de orientación ideológica que en la actualidad es acogida por la Corte Constitucional, en orden a justificar la posibilidad de un doble juzgamiento penal y disciplinario”.

(7) Conforme también detalla RAMÍREZ VÁSQUEZ, Carlos Arturo. “El principio del non bis in idem y su incidencia en el Derecho Penal y Disciplinario colombiano”, cit., p. 70.

(8) PEREIRA CHUMBE, Roberto. “La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444”. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. ARA Editores, Segunda Edición, Lima, 2005, p. 272.

“El principio “non bis in idem” tiene plena aplicación para impedir los supuestos de concurrencia de dos sanciones de carácter penal, una de carácter penal y otra de carácter administrativo o ambas de carácter administrativo (...).”⁽⁹⁾.

Teniendo vinculación con este parecer dogmático, **D. Antonio JIMÉNEZ MOSTAZO** y **D. Pedro ALVARADO RODRÍGUEZ** formulan que:

“El ne bis in idem constituye un principio que no sólo prohíbe la imposición de dos sanciones por un mismo hecho, sino también su doble enjuiciamiento penal o administrativo”⁽¹⁰⁾.

En esa línea de ideas, **Manuel COBO DEL ROSAL** y **Tomás VIVES AN-**

TÓN son de la opinión, bajo una posición amplia y para nada restrictiva, que:

“(...) extiende también su operatividad a la concurrencia entre las leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras (en especial las normas de derecho penal administrativas sean gubernativas o disciplinarias), vedando, también en este caso, que una misma infracción pueda resultar doblemente sancionada”⁽¹¹⁾.

Así también, en la doctrina penal colombiana se apunta que:

“(...) no encontramos fundamento jurídico atendible para que se apliquen varias sanciones por el concepto de una diversa naturaleza del derecho, pues es nuestra creencia (...) que la sanción penal, y sobre manera el ius puniendi, es único”⁽¹²⁾.

416

(9) DE MIGUEL, Carlos; ASTARLOA, Esteban. “La aplicación del principio “non bis in idem” y el concurso de delitos en los delitos contra el medio ambiente”. En: Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)-Núm. 2, Junio 2002, España, p. 81. La importancia de este trabajo académico radica en que se estudia la aplicación del principio non bis in idem en los supuestos de duplicidad, es decir, cuando concurre una sanción administrativa y una sanción penal respecto de un mismo hecho.

(10) JIMÉNEZ MOSTAZO, D. Antonio; ALVARADO RODRÍGUEZ, D. Pedro. “Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (II). Significado del principio ne bis in idem”. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXII, 2005. p. 335. En: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=1390191&orden=79168. Información obtenida con fecha 18 de junio de 2008. Más adelante se agrega, bajo la cita pp. 336-337, que: “En el concurso de normas sancionadoras existentes debería gozar siempre de prevalencia la penal, debiendo suspenderse el procedimiento en vía administrativa, garantizando las referidas manifestaciones del principio, de un lado evitar la imposición conjunta de pena y sanción administrativa por los mismos hechos, y de otro la tramitación simultánea de un proceso penal y otro administrativo”.

(11) COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial tirant lo blanch, Quinta Edición corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1994, p. 92.

(12) IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. “El Sistema Penal en el Estatuto de Roma”. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 435, nota 14. Este mismo autor, bajo la cita pp. 437-438, insiste en señalar que: “Empero, la postura tradicional acepta tal división, tal vez porque interpreta el hecho de manera diferente, asimilándolo a imputación jurídica y, con ello, a la descripción de la conducta, que como tal se encuentra en diversos códigos para así poder afirmar que son de diferente naturaleza. En algunas legislaciones, se puede observar la doble imputación a causa del doble señalamiento normativo de diversos códigos: penal, disciplinario, etc., bajo la explicación, poco atendible, de la diversa naturaleza normativa. No es aceptable tal división si tenemos en cuenta que el ius puniendi es único e indivisible, como los es el poder-deber de investigar y sancionar que corresponde al Estado; además, toda norma que limita o restrinja un derecho es considerada de naturaleza penal o sancionatoria. Entonces nos preguntamos: ¿cuál la razón para una tal perversión en la visualización del elemento subjetivo del ilegalismo y en el ius puniendi del Estado? (...) En suma, la postura obvia, frente a la investigación y al juzgamiento, es sin duda el derecho a “no ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, que no sea la imputación jurídica, nomen iuris, sino a la imputación fáctica o de hechos”.

417

En la doctrina nacional, Víctor BURGOS MARÍÑOS describe que:

“Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más por un mismo hecho, tanto en la jurisdicción penal como en el derecho administrativo sancionador”⁽¹³⁾.

Estas posiciones académicas tienen su razón de ser, en el sentido que muchos de los principios clásicos del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal son asumidos a la fecha, y sin ningún recelo, por parte del Derecho Administrativo Sancionador, principios que deberán también aplicarse en el ámbito de sus relaciones, es decir, cuando intervengan en forma copulativa.

Esto ha permitido que el ius puniendi en su modalidad administrativa, en forma continua, haya venido adecuándose a los límites y frenos que rigen tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Procesal Penal.

El tema de la identidad de garantías y/o límites en el sector administrativo y en el sector penal, como contenidos de un mismo ius puniendi estatal, es relativamente reciente en el Perú, no afectando la vigencia del principio

non bis in idem en el ámbito administrativo, existiendo concordancia doctrinaria que la proscripción de la sanción o persecución plural, por un mismo hecho, es una garantía irrenunciable en cualquiera de las manifestaciones del control social formal.

Al respecto, Luis Miguel REYNA ALFARO sostiene que: 418

“Hemos indicado que el Derecho Administrativo Sancionador, en sus orígenes, fue concebido con una rama del ordenamiento falto de garantías; empero, hoy en día vemos el traslado continuo de principios y garantías del Derecho Penal al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador; de tal forma, principios como los de legalidad, “non bis in idem”, culpabilidad, vienen siendo admitidos como exigencias en el Derecho Administrativo Sancionador”⁽¹⁴⁾.

Por su parte, Roberto PEREIRA CHUMBE, llega a concluir que: 419

“El sometimiento de la potestad sancionadora de la administración a la Constitución de acuerdo al artículo 45° de la Carta fundamental, la naturaleza delegada de dicha potestad, su pertenencia a una única potestad

(13) BURGOS MARÍÑOS, Víctor. “Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano”. En: El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad (COORDINADORES), Palestra Editores, Lima, 2005, p. 68.

(14) REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Derecho Penal Económico, Derecho Administrativo Sancionador y la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Actualidad Jurídica, Tomo 93, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 46.

punitiva del Estado, así como la diferencia de grado entre las sanciones administrativas y las penales, constituyen el fundamento de la extensión de las garantías propias del ámbito penal al derecho administrativo sancionador⁽¹⁵⁾.

En esa línea interpretativa, nuestro Tribunal Constitucional por medio del EXP. N° 2050-2002-AA/TC-LIMA-CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE, ha mencionado que:

“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 cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales”.

Somos concientes de que uno de los aspectos más controvertidos, a decir del profesor **Dino Carlos CARO CORIA**, haciendo revisión de la diversa legislación actualizada, radica

en la vinculación del non bis in idem cuando la persecución o **sanción opera en distintos sectores, es decir, en el penal y en el administrativo**⁽¹⁶⁾.

En la diversa legislación ordinaria es común encontrar normativas que señalan que **la sanción administrativa se impondrá sin perjuicio que la penal**⁽¹⁷⁾, como ocurre con el artículo 190° del Código Tributario que describe lo siguiente:

“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”.

Con esta redacción parecería entenderse que, ante un mismo hecho o ilícito, es posible sumar tanto una sanción penal y una sanción administrativa con lo que se burlaría la esencia del non bis in idem, no debiéndose aceptar que esta normatividad administrativa especial prevalezca a la normatividad general prevista en el artículo 230°.10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

420

421

(15) PEREIRA CHUMBE, Roberto. “La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444”, cit., p. 272.

(16) Análisis realizado por el profesor CARO CORIA, Dino Carlos. “El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: Tribunal Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales). *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*. Segundo Seminario, Editorial Palestra, 2006, p. 313.

(17) En similar descripción se encuentra el artículo 25° del Decreto Legislativo N° 276, en donde los servidores públicos tienen, además de la responsabilidad administrativa, responsabilidad civil y penal, por lo que, aparentemente, la responsabilidad penal es totalmente independiente y autónoma de la responsabilidad administrativa.

Por ello, debe tenerse muy presente que el fundamento constitucional del non bis in idem condiciona la interpretación de la legislación ordinaria, con lo que sólo deben tener asidero aquellas interpretaciones de la legislación administrativa compatibles con el *non bis in idem*⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾.

En materia de delitos tributarios, el profesor Manuel ABANTO VÁSQUEZ es del parecer, en forma contundente, que:

“Efectivamente, si el hecho considerado punible es el mismo que motiva una infracción administrativa, en realidad el sujeto solamente ha atentado una vez contra el bien jurídico y por lo tanto solo merece una sanción. El Juez penal que conozca un proceso por delitos tribu-

rios donde ya ha existido la imposición de una sanción administrativa, debería abstenerse de abrir siquiera un proceso penal. (...) Por cierto que no habrá violación del principio “ne bis in idem” en todos los casos, sino solamente cuando la administración tributaria, además de efectuar el cobro coactivo del tributo adeudado, imponga una multa y el juez penal, independiente de ello imponga una pena”⁽²⁰⁾(EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

Dentro de esta misma lógica de interpretación, Juvenal GALLARDO MIRAVAL opina que:

“Por ello, es manifiesta la inconstitucionalidad del Artículo 190º del Texto Ordenado del Código Tributario, que establece que las penas por delitos tribu-

(18) En palabras del profesor CARO CORIA, Dino Carlos. “El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., pp. 313-314. Este mismo jurista nacional agrega que: “Conforme a ello, tampoco debe interpretarse sin más que, reglas como la del art. 190º del Código Tributario, son inconstitucionales”. El art. VI p. 1 del Código Procesal Constitucional y la Segunda Disposición Final de la Ley N° 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. La STC del 11 de julio de 2002, Exp. N° 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”. Este principio, previsto como presupuesto para la inaplicación de una ley inconstitucional por parte de 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 (art. 138 p. 2), el principio de supremacía constitucional que rige el procedimiento administrativo (arts. III, IV.1.1, V.2.1 de la LPAG) 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 art. 190º 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” (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

(19) En cambio el profesor GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico. Parte General”. Tomo I, Editorial Grijley, Segunda Edición, 2007, p. 884, sostiene que: “(...) si un mismo hecho constituye un delito económico y a la vez una infracción administrativa, habrá que imponer solamente la sanción penal por ser la más grave desde el punto de vista normativo. Desde este punto de vista, resulta absolutamente inaplicable lo dispuesto en el artículo 190º del Código Tributario que dispone que las multas tributarias se impondrán con independencia de la sanción penal”.

(20) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Derecho Penal Económico. Parte Especial”. Editorial Idemsa, 2000, p. 492. Una certera crítica sobre la inobservancia del non bis in idem en el campo de los delitos tributarios es oportuno también citar al profesor YON RUESTA, Roger. “Huaypethue: ¿Infracción administrativa o delito penal? Acercamiento a la realidad penal tributaria”. Revista de Derecho THEMIS N° 41, 2000, pp. 227-228.

tarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas, pues faculta a la Administración a seguir un procedimiento sancionador en paralelo a un proceso penal, con lo cual genera también un conflicto entre las regulaciones de ambos procesos, puesto que en ambos se decide la situación jurídica del bien materia del acto ilícito⁽²¹⁾.

En relación con la delincuencia tributaria, en la que se busca vincularla con el análisis económico del derecho o de la eficiencia económica, es decir, bajo un análisis de costo beneficio, interpretación que sirve para otros campos delictivos, el profesor Luis Felipe BRAMONT-ARIAS TORRES afirma que:

“En este orden de ideas y a fin de no asumir costos sociales elevados en relación a los comportamientos que se pretende prohibir debe tenerse en cuenta la existencia del derecho tributario

sancionador que supone controles administrativos para motivar al cumplimiento de normas tributarias y en caso de incumplimiento establece las sanciones aplicables. De tal forma que resulta indispensable distinguir claramente entre infracciones administrativas y delitos tributarios a fin de no duplicar costos para combatir comportamientos iguales o similares⁽²²⁾.

1.2 LA REGULACIÓN DEL NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO PENAL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En esa lógica de aplicación del non bis in idem en el ámbito penal y en el ámbito administrativo sancionador, estableciendo su diferenciación con la institución de la cosa juzgada, se debe tener presente que la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada mediante la Ley N° 27837, elaboró el Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal⁽²³⁾,

424

425

(21) GALLARDO MIRAVAL, Juvenal. “Los Delitos Aduaneros”. Editorial RODHAS, Marzo, 2006, p. 378.

(22) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Felipe. “La criminalización del delito de defraudación tributaria. Aspectos críticos desde la perspectiva de la eficiencia económica”. En: Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto BRAMONT ARIAS. Editorial San Marcos, Lima, 2003, p. 541. Dentro del presente trabajo académico, bajo la cita pp. 544-545, se adiciona que: “en este contexto sólo resulta posible fundamentar la respuesta penal en el actuar doloso del deudor tributario, el cual, sin embargo, también es admitido para configurar la infracción tributaria prevista en el Código Tributario. Esta situación no resulta amparada por el principio de eficiencia en tanto para combatir o prevenir un mismo comportamiento se incurre en un doble costo: control administrativo y control penal, cada uno con sus respectivas etapas de investigación, juicio, impugnación y ejecución. Es más, no resulta atendible que para comportamientos que originan el mismo perjuicio económico y social se utilice un instrumento tan costoso como es el sistema penal. Debiendo resaltar además que el control administrativo de todas maneras se producirá según lo expuesto precedentemente”.

(23) Comisión Especial Revisora del Código Penal (Ley N° 27837). “Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General”. Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, abril, 2004. En el prólogo de este anteproyecto, bajo la cita p. 14, se es sincero en advertir que: “(...) no existe uniformidad de criterios cuando se trata de la aplicación del ne bis in idem en el contexto general del Derecho sancionador; esto es, cuando se trata de la aplicación del principio en las relaciones del derecho penal con el derecho extrapenal, prohibiendo doble sanción por una misma conducta: sanción penal y sanción administrativa. Se señala en el Anteproyecto la primacía del Derecho Penal sobre las facultades de la Administración, con lo cual se busca evitar, que una sanción administrativa previa que pueda dictarse no deba usarse como barrera que impida la actuación del Derecho Penal”.

en donde en su artículo IX del Título Preliminar se regula lo siguiente:

“PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM

ARTÍCULO IX.- 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” (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

Esta forma de redacción, es concordante con el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal de 2004⁽²⁴⁾.

“Artículo III.- Interdicción de la persecución penal múltiple”

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por u 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.

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”⁽²⁵⁾ (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

La regulación del non bis in idem, en términos de *lege ferenda* o de propuesta legislativa, asume en esencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional nacional, pudiendo realizarse el siguiente análisis:

- a. **CONTENIDO MATERIAL:** Nadie podrá ser sancionado más de una vez.
- b. **CONTENIDO PROCESAL:** Nadie podrá ser procesado más de una vez.
- c. **LA TRIPLE IDENTIDAD:** Por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento.
- d. **ÁMBITO DE APLICACIÓN:** Este principio rige para las sanciones penales y para las sanciones administrativas.
- e. **PREVALENCIA:** El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo Sancionador.

(24) De esta forma se consagra, de manera expresa, el derecho a no ser perseguido ni sancionado dos veces por el mismo hecho, sea dentro de un mismo procedimiento (como el penal), o en procedimientos distintos (uno penal y otro administrativo), entendiéndose que, bajo esa perspectiva, el poder punitivo del Estado es uno solo.

(25) Con respecto a la exégesis e interpretación de la citada norma se puede consultar al profesor PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Exégesis del nuevo Código Procesal Penal”. Editorial Rodhas, Lima, 2007, pp. 78-85. Del mismo autor se debe tener también en cuenta su gran trabajo académico denominado: “Manual de Derecho Procesal Penal”. Editorial Rodhas, Lima, 2008, pp. 54-57.

Consideramos que, sería ilógico y absurdo pensar que los principios propios del ámbito penal, y que de manera paulatina va irradiando a todo aquello que signifique *ius puniendi*, esto es, al Derecho Administrativo Sancionador como concretización del control social formal, no podrían aplicarse cuando hablamos de las relaciones que se originen entre ambas especialidades punitivas.

Además, resulta evidente que, la intervención conjunta del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador con respecto a un mismo hecho (o un mismo ilícito), se debe principalmente a la diversa y plural producción legislativa, la cual prevé sanciones de distinta naturaleza por el mismo hecho. Por ello, afirmamos que es un problema frecuente que el legislador tipifique como delito acciones u omisiones que, en forma simultánea y paralela, también están previstas en normas administrativas sancionadoras.

Con esto, se “permite” al Estado ejercitar *su ius puniendi* a través de dos vías distintas: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador⁽²⁶⁾. Ello ha llevado a sostener, a la

doctrina, la exigencia de habilitar una planificación legislativa común y coherente⁽²⁷⁾, con la finalidad de evitar violaciones a la prohibición del doble juzgamiento y de la doble punición.

No cabe duda que, las distintas especialidades jurídicas, desde una visión meramente teórica, tienden a delimitarse y diferenciarse con la finalidad de que el mismo hecho a castigar no se yuxtaponga. Esta finalidad, que a decir verdad sería lo ideal, no siempre se tiende a traducir en la práctica cuando lo concreto es que existe una inevitable yuxtaposición de sanciones, mezclándose las disciplinas jurídicas delimitadas conforme a éstas⁽²⁸⁾.

Precisamente, para evitar y enfrentar las consecuencias que nos trae la realidad (la doble persecución y la doble sanción del mismo hecho por distintos sectores del ordenamiento jurídico), somos del parecer que se debe fundamentar la aplicación del *non bis in idem* cuando concurre, con respecto a un mismo ilícito, tanto el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, obviamente si en el caso en concreto se presenta la exigible triple identidad.

428

429

(26) En ese contexto véase a BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano”, cit., p. 69.

(27) Véase a ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Segunda Edición, Editora EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 161.

(28) En este sentido véase a ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, cit., p. 160.

En esa forma de razonamiento, el Supremo Intérprete de la Constitución nacional a través del EXP. N° 2405-2006-PHC/TC-LIMA-EFRAÍN LLERENA MEJÍA, ha dicho que:

“8. Como ya lo ha expuesto este Tribunal, dicho principio determina una interdicción de la duplicidad de procesos o de sanciones, administrativas o penales, o entre ellas, respecto a un mismo sujeto, un mismo hecho y con identidad de fundamento (...)” (SÓLO EL SUBRAYADO CON EL NEGREADO ES NUESTRO).

Detrás de este parecer, dentro de una lógica de seguridad jurídica que debe brindar todo Estado que se considere ser Constitucional, está también la idea de evitar que el mismo Estado origine resoluciones y/o pronunciamientos totalmente contradictorios.

2. HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS REGLAS DE COORDINACIÓN EN LOS CASOS DE CONFLICTO ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR⁽²⁹⁾

Dentro de la doctrina jurisprudencial asumida por nuestro Máximo Intérprete de la Constitución, cuando por un mismo hecho o por un mismo ilícito interviene en forma paralela el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, se puede encontrar contradicciones entre sus diversos pronunciamientos: por un lado, existen aquellas sentencias que han establecido la regla de la **dependencia** del Derecho Administrativo Sancionador con respecto al Derecho Penal; y, por el otro, existen aquellas otras que han asumido la **independencia** o la **autonomía** entre ambos sectores del derecho, volviéndose luego a señalar la depen-

430

431

(29) Para mejor comprender el tema referido a las reglas de coordinación en los casos de conflicto ente el órgano penal y el órgano administrativo, puede verse el trabajo de ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La prohibición en incurrir in bis in idem”. En: Actualidad Jurídica, Tomo N° 147, Gaceta Jurídica, Febrero, 2006, p. 115. Dentro de este punto, el profesor TERRADILLOS BASOCO, Juan M°. “Técnicas de articulación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo frente a la delincuencia económica”. En: Derecho Penal Económico Empresarial. Semestre 2004-1, Escuela de Graduados-Maestría en Derecho de la Empresa, profesor Carlos CARO CORIA, pp. 18-19, es del parecer que: “(...) En síntesis, la aplicación del mencionado principio comporta tres importantes efectos: a) la actuación sancionadora de la Administración debe ceder ante la de los tribunales, y no podrá reanudarse hasta tanto no se hayan pronunciado éstos; b) si la Jurisdicción estima la existencia de delito o falta, no cabe sancionar administrativamente; c) en el caso contrario, la Administración debe respetar, en su actuación a posteriori, la declaración de hechos surgida del proceso, puesto que no es posible admitir por parte del Estado una valoración doble y discrepar sobre los mismos hechos (...)”. Por otro lado, el profesor DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. “La garantía del ne bis in idem y el Derecho Penal Económico”. En: Derecho Penal Económico Empresarial. Semestre 2004-1, Escuela de Graduados-Maestría en Derecho de la empresa, profesor Carlos CARO CORIA, p. 9, apunta lo siguiente: “Y el mecanismo principal que posibilita dicha coordinación es la existencia de una perfecta comunicación entre órganos administrativos y judiciales-penales que permita traspasar adecuadamente los elementos necesarios para una global valoración del hecho, por parte de uno de ambos, una vez constatada la identidad requerida (...)”; agregando que: “(...) Para el caso de no apreciación de ilícito penal y, por tanto, terminación mediante sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, la única limitación a la continuación del procedimiento sancionador administrativo es, como ya hemos señalado que éste se sustancie a partir de los hechos que el Tribunal haya considerado como probado, lógicamente, dejando a salvo de esta segunda regla los supuestos en los que el órgano judicial declare la inexistencia del hecho que motivó la actuación jurisdiccional o quede demostrada la no participación del sujeto en el hecho, lo que lógicamente impide igualmente la continuación o iniciación del expediente sancionador administrativo”.

dencia del Derecho Administrativo Sancionador⁽³⁰⁾⁽³¹⁾. En suma, idas y vueltas sobre el mismo tema.

Se debe tener presente que el sustento del **principio de legalidad**, el mismo que fundamenta la versión material del *non bis in idem*, tiene también su aplicación cuando un mismo hecho pueda tener, en forma paralela, repercusión penal y repercusión administrativa, es decir, en el campo de las **relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador**. Esto implica que una conducta que tenga repercusión penal (delito o falta), no puede ser calificada como tal por alguna entidad administrativa sancionadora (IN-DECOPI, SUNAT, CONASEV, etc.), sino que tal atribución debe estar encomendada al Ministerio Público o al Poder Judicial, en donde la administración no puede usurpar la

atribución de procesar un hecho que tenga contenido penal.

Cabe mencionar que, dentro de la **Comisión Especial Revisora del Código Penal**, como lo ha detallado uno de los comisionados con mayor autorización en el tema⁽³²⁾, no existía acuerdo sobre la forma de **evitar que la administración se arrogue competencia sobre un caso de posible relevancia penal**.

La Comisión, agrega el mismo comisionado, no adoptó la propuesta de introducir **una regulación expresa sobre los deberes de la administración de abstenerse en su persecución, debiendo poner en conocimiento del hecho al Ministerio Público cuando éste pudiera tener connotación penal**, como que tampoco se reguló los efectos que debe tener, para la administración,

432

433

(30) Dentro de los trabajos académicos que nos dan a conocer las contradicciones que existen entre las diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, esto es, en lo que se refiere a la dependencia o independencia que debe existir entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, se encuentra el aporte del profesor RUBIO CORREA, Marcial. "La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 353-368. Además, se debe revisar la siguiente monografía: ADRIÁN, Javier. "La configuración del principio *ne bis in idem* en el proceso de *habeas corpus*". En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional* 5. En defensa de la Libertad Personal. Estudios sobre el *habeas corpus*. Luis CASTILLO CORDOVA (COORDINADOR), Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 213-231. Este mismo autor, bajo la cita p. 224, nos resume los aciertos, desaciertos y omisiones en la interpretación de este principio por parte de nuestro Supremo Intérprete de la Constitución: "Aciertos. Evidentemente, constituye un acierto del Tribunal Constitucional, el identificar como derecho fundamental al principio *ne bis in idem* (en sus vertientes material y procesal), y establecer que al formar parte de las garantías que componen el debido proceso, es exigible en todo proceso jurisdiccional, así como en todo procedimiento administrativo sancionador. Es penoso verificar que con anterioridad al reconocimiento de este principio existían innumerables casos, por ejemplo, en sede administrativa policial, en los que efectivos policiales eran sancionados dos, tres, o más veces por los mismos hechos, sin que se discuta la arbitrariedad de tal proceder. Desaciertos. Como se desprende de lo expuesto en puntos precedentes, uno de los principales desaciertos del Tribunal en lo que se refiere a la configuración del principio *ne bis in idem* fue entender la "identidad de fundamento" como "identidad de bien jurídico", equiparación que si bien ayudaba en algunos casos, resultaba insuficiente para la solución de otros, en los que confluían sanciones penales y administrativas que protegían un mismo bien jurídico. Omisiones. Si bien se ha avanzado en la configuración del mencionado principio, existen algunos casos como los mencionados "Ausin de Iruarizaga y otros" y "Mc. Carter y otros" en los que el TC, pese a estimar que se ha afectado el principio *ne bis in idem* cuando se trata de autos en los que el juez califica la denuncia fiscal, o en los casos de resoluciones expedidas en sede fiscal".

(31) En lo que se refiere a la configuración del *non bis in idem* en un sentido práctico, se debe tener en cuenta los siguientes aportes de la doctrina nacional: MESÍA, Carlos. "El Proceso de Hábeas Corpus desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, marzo, 2007, pp. 157-159; GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, Francisco Alberto. "Proceso de Hábeas Corpus". En: *Prácticos de procesos constitucionales*, Editorial Grijley, 2008, pp. 187-194.

(32) Nos referimos al profesor y jurista nacional Dino Carlos CARO CORIA.

las decisiones definitivas a que llegue la autoridad penal.

A falta de un mejor acuerdo, adiciona el comisionado, se consideró suficiente expresar en forma muy general la “**preeminencia del Derecho Penal**”, que en la “voluntad” del prelegislador o del proyectista significaba que la autoridad penal (el Ministerio Público o el Juez Penal) tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal, en tanto que el Poder Judicial tiene el poder de vincular, con respecto a sus decisiones, a la administración⁽³³⁾; en virtud del contenido interdictivo del *non bis in idem*, el proceso penal debe suspender los procesos administrativos teniendo primacía sobre ellos en lo que se resuelva⁽³⁴⁾.

En este sentido, **Alberto INFANTES VARGAS** analizando la regulación del *non bis in idem* en el nuevo Código Procesal Penal de 2004, es de la opinión que:

“Confirma la bien lograda redacción de dicho principio al haberse establecido expresamente en la norma legal la preeminencia del derecho penal sobre el administrativo, dada la numerosa casuística conflictiva suscitada entre estos dos ámbitos del derecho estatal sancionador, tema sobre el cual no existía norma expresa (constitucional ni legal) que diera luces al respecto. El derecho administrativo no podrá establecer o continuar un procedimiento en su sede si la vía penal ha declarado que los hechos no son delictivos o no existen pruebas. (...)”⁽³⁵⁾.

En consecuencia, se debe afirmar que cuando exista una suerte de litispendencia o de procedimientos paralelos (**penal y administrativo a la vez**), la administración debe paralizar su procedimiento y pasar todo a la competencia penal, garantizándose que un hecho con relevancia penal sea de conocimiento sólo por los órganos que la Constitución les atribuye tal competencia⁽³⁶⁾. Con

(33) Destacando esta discusión se encuentra CARO CORIA, Dino Carlos. “El principio de *non bis in idem* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 303. De acuerdo a lo que regula el artículo 230°.10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, PEREIRA CHUMBE, Roberto. “La Potestad Sancionadora de la Administración y el Procedimiento Administrativo Sancionador en la Ley N° 27444”, cit., p. 286, comenta que: “La vulneración del principio *non bis in idem* en el ámbito del derecho administrativo sancionador y en su relación con el derecho penal constituye uno de los problemas más graves que enfrenta el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. En este sentido, llama la atención la insuficiencia con la que recoge el principio de *non bis in idem* el artículo 230.10, limitándolo sólo al ámbito de la sanción, es decir, del *non bis in idem* material, obviando el aspecto procesal que se manifiesta en la prohibición de someter a una persona a un doble riesgo real de sanción. (...) A su vez, esta norma, no establece ninguna regla para solucionar el problema que se presenta cuando se inician tanto el procedimiento administrativo sancionador y proceso penal. Para solucionar este problema habría que acudir al principio de unidad de potestad punitiva del Estado y la naturaleza delegada del derecho administrativo sancionador, para concluir el sometimiento de este último al proceso penal”.

(34) En palabras del profesor ROJAS VARGAS, Fidel Segundo. “Código Procesal Penal”. Jurista Editores, 2004, p. XVI.

(35) INFANTES VARGAS, Alberto. “El sistema acusatorio y los principios rectores del Código Procesal Penal”. Jurista Editores, 2006, p. 124.

(36) En el campo de los delitos de abuso de poder económico, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “La prejudicialidad en los delitos de abuso de poder económico. La selectividad de la persecución penal en el ámbito de la criminalidad económica”. En: Actualidad Jurídica, Tomo 144, Gaceta Jurídica, noviembre, 2005, p. 113, sostiene que: “Por otro lado, lo que sí debe establecerse normativamente es que tratándose de procedimientos administrativos, que revelen la comisión de ilícitos penales, la Comisión deberá suspender el procedimiento, dando conocimiento al Ministerio Público, absteniéndose, en todo caso, de la imposición de sanciones administrativas, a fin de hacer prevalecer el Derecho Penal y de acuerdo al principio *non bis in idem*”. En lo que se refiere a la aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito de los delitos económicos puede verse el siguiente aporte doctrinario: REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Derecho Penal Económico, Derecho Administrativo

esto se persigue (la paralización del procedimiento administrativo) prevenir al ciudadano para que no sea sometido a una doble persecución, como el de prevenir a que no sea sancionado más de una vez por los mismos hechos⁽³⁷⁾.

Debe quedar en claro que, la administración debe de abstenerse de intervenir (iniciar) o de proseguir (continuar) el procedimiento administrativo sancionador cuando el hecho pueda ser calificado como alguna

437

modalidad de ilícito penal, en donde la autoridad administrativa debe estar obligada de remitir todo al Ministerio Público o a la autoridad judicial si ésta ya viene conociendo del hecho. Se debe tener presente que el artículo 159°.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al

Ministerio Público y que el artículo 139°.2 del mismo texto Constitucional reconoce la primacía de la jurisdicción⁽³⁸⁾.

La preeminencia de la jurisdicción penal debería traer como consecuencia procesal la decisión autónoma del Poder Judicial de abrir un proceso penal, la que impida el inicio o la continuación de un procedimiento administrativo por el hecho que motiva el proceso penal⁽³⁹⁾.

Desde el punto de vista Constitucional y del principio de corrección funcional⁽⁴⁰⁾, la administración carece de la potestad de calificar relevancias penales, acto que en la realidad implicaría una intromisión en las potestades del Ministerio Público (**usurpación de funciones**). De forma similar, la no comu-

Sancionador y la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, cit., 37-46. Dentro del ámbito de los delitos aduaneros se puede apreciar los siguientes trabajos académicos: PAJUELO BELTRÁN, Carlos Alberto. “Contradicción entre las leyes de aduanas y Delitos Aduaneros en materia de infracciones: El non bis in idem”. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, Año 1, N° 1, 2008, p. 86, quien señala que: “Pensamos que al existir doble sanción en materia de infracciones aduaneras colisionando las estrictamente administrativas con las de carácter penal administrativo nos encontramos ante la aparición del non bis in idem”; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Recientes precisiones a la regulación de los Delitos Aduaneros”. En: Actualidad Jurídica, Tomo 118, Editorial Gaceta Jurídica, Setiembre, 2003, pp. 82-83, quien, dentro de esa misma lógica de crítica, apunta que: “En el Reglamento se establece en lo que respecta a los delitos de Defraudación de Renta de Aduanas, que se aplicarán las penas sin perjuicio del cobro del adeudo o del monto de los beneficios tributarios percibidos indebidamente y de las sanciones administrativas a que hubiere lugar. Este dispositivo contemplado en el Reglamento, artículo 12°, transgrede el principio del non bis in idem, en el sentido que para un mismo hecho –dejar de pagar, en todo o en parte, los tributos que corresponden a la importación o importación de mercancías– se establece doble sanción, una en la vía penal y otra en la vía administrativa. Debiendo recalcar que incluso la nueva Ley de Procedimientos Administrativos proscribió expresamente que una persona sea sancionada dos veces por un mismo hecho”. Así también, en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente se debe citar a REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales”. Jurista Editores, 2006, pp. 198-201.

(37) De la misma forma se pronuncia el profesor CARO CORIA, Dino Carlos. “El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 304.

(38) La idea central y neurálgica es consolidar la supremacía de la jurisdicción (o de la titularidad del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público) sobre la administración.

(39) Así opina el profesor GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico. Parte General”, Tomo I, cit., p. 886.

(40) EXP. N° 5854-2005-PA/TC-PIURA-PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES:

“(…)

§4. Principios de interpretación constitucional (...)

12. (...)

c. El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado”.

nicación por parte de la administración de un hecho con relevancia penal al Ministerio Público, en términos de *notitia criminis*, puede originar un ilícito penal (**omisión de denuncia**). En el caso de que el hecho sea ya parte de conocimiento del Poder Judicial, la entidad administrativa debe abstenerse de conocer el hecho, desobediencia que implicaría también adquirir relevancia penal (avocamiento indebido).

3. ¿CUÁL DEBE SER LA CONSECUENCIA JURÍDICA SI EL PRIMERO QUE INTERVIENE ES EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y POSTERIORMENTE PRETENDE INTERVENIR EL DERECHO PENAL?

En la doctrina penal española, las soluciones que existen para impedir una actuación administrativa contraria a la actuación penal varían de acuerdo a la fase en que se encuentre la intervención del Derecho Administrativo Sancionador.

Dentro de una lógica comparativa, Tomás CANO CAMPOS sostiene que:

“Si la sanción ha sido ejecutada y resulta imposible deshacer lo ejecutado (privación de una autorización por un periodo de tiempo ya concluido) o compensarla con la sanción penal, por ser de distinta naturaleza, no hay otra opción que concluir que el derecho del ciudadano a

no ser sancionado dos veces por lo mismo prima sobre los intereses que trata de proteger la prevalencia de la vía penal⁽⁴¹⁾.

El mismo jurista español, teniendo una posición muy interesante y lógica al respecto, fundamenta su posición de la siguiente manera:

“Desde el punto de vista de la teoría del delito podría entenderse que, respecto de éste, la sanción administrativa previa constituye una condición objetiva de punibilidad. Éstas, como se sabe (...) son condiciones que la ley exige (además de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, aunque algunos consideran que pueden reconducirse a alguno de tales elementos) para que una determinado comportamiento pueda pensarse. Suelen clasificarse en positivas o negativas en función de que su concurrencia genere o excluya la punibilidad. (...) La sanción administrativa sería una condición negativa de punibilidad del delito que esté conociendo el Juez penal, mientras que la previa declaración de invalidez de tal sanción, que es lo que aquí interesa, podría verse como una condición objetiva de punibilidad (positiva) de tal delito, pues en la medida en que el non bis in idem impide que pueda imponerse pena alguna por unos hechos sobre los que ya ha recaído sanción administrativa, tales

(41) CANO CAMPOS, Tomás. “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”. En: *Revista de Administración Pública* N° 156, Setiembre-Diciembre 2001, Madrid, p. 228, nota 77.

hechos sólo podrían ser penados si previamente se anula o deja sin efecto esta última sanción⁽⁴²⁾.

Un intento de regulación de estos aspectos en la legislación nacional, aunque sólo para el ámbito de los delitos concursales previstos en el Código Penal⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾, se verifica en el artículo 131° de la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809 del 8 de agosto de 2002). Dicha norma contiene dos reglas que a continuación se describen:

439

- a. Si se ha **impuesto** sanción administrativa al infractor, ya **no** cabe el inicio de la acción penal por tales hechos.
- b. 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⁽⁴⁵⁾.

Es evidente que, la segunda regla quebranta el mencionado principio de legalidad por permitir que una entidad administrativa califique lo que es relevante penalmente, derivando el ilícito al Ministerio Público sólo si según su parecer y entender tiene una especial gravedad, permitiéndose que el hecho con trascendencia penal sea sancionado por la administración.

En lo que se refiere a la primera regla, la misma no se encuentra exenta de polémicas y de críticas, regulando el caso más debatible

(42) CANO CAMPOS, Tomás. "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", cit., p. 231, nota 84. Este mismo autor español más adelante agrega en forma muy pertinente, bajo la cita p. 237, que: "Las insuficiencias y problemas que acaso planteen las técnicas expuestas debieran ser debidamente solventadas con las oportunas formas legislativas, que, en mi opinión, deben orientarse hacia la compatibilidad entre el derecho a no ser sancionado dos veces por lo mismo y los principios constitucionales que subyacen en la prevalencia de la vía penal (...)".

(43) El Código Penal de 1991, dentro del Título VI de su Parte Especial, regula los denominados Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios, teniendo como una modalidad delictiva, en su origen, a la Quiebra. Posteriormente, la denominación de Quiebra ha sido sustituida por la de Atentados contra el Sistema Crediticio (artículos 209°-213° del CP) en virtud de la Octava Disposición Final de la Ley del Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial-Ley N° 27146 del 24 de junio de 1999. Las modalidades ilícitas de Atentados contra el Sistema Crediticio, denominación que actualmente utiliza nuestra normatividad, es asumida en la legislación extranjera bajo diversas denominaciones o nomen iuris, como insolvencia punible, delito de insolvencia, organización fraudulenta de la insolvencia, delito de la bancarrota, alzamiento fraudulento. A pesar de existir diversas denominaciones, compartimos la posición que fundamenta que la legítima denominación debe ser la de Delitos Concursales, conforme a su nueva estructura típica que tiene como contexto la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial y sus diversas modificaciones, como de la nueva Ley General del Sistema Concursal-Ley N° 27809 del 08 de agosto de 2002, vigente desde el 07 de octubre de 2002.

(44) Para el análisis dogmático-sustantivo de los delitos concursales pueden revisarse los siguientes aportes académicos: GARCÍA CAVERO, Percy. "Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios". Editorial Palestra-Tesis y Monografías, 2005, pp. 121 y ss; GARCÍA NAVARRO, Edward. "Los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios. Primera parte: la insolvencia punible". En: Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica, 144, Noviembre 2005, pp. 77 y ss; CARO CORIA, Dino Carlos. "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 N° 3 (2002), pp. 121 y ss; CARO CORIA, Dino Carlos. "Fundamentos de los Delitos Concursales". Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Penal denominado "El Derecho Penal ante las nuevas formas de criminalidad", organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Área de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, 25 de Agosto de 1998; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. "Los nuevos Delitos contra el Sistema Crediticio. Breves consideraciones en torno a la Ley N° 27146". En: Actualidad Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, 62-B, 1999, pp. 57 y ss; GARCÍA CAVERO, Percy. "Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales". En: Cátedra. Espíritu del Derecho. N° 5, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999, pp. 229 y ss.

(45) El profesor GARCÍA CAVERO, Percy. "Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos contra la Confianza y la Buena Fe en los Negocios", cit., pp. 186-187, advierte que: "De esta manera, la Comisión de Procedimientos Concursales

de las relaciones que pueden existir entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: **impedir un proceso penal cuando el mismo hecho ya ha sido previamente objeto de sanción por parte de la administración.** Esta regla quiere traducir que si a una persona previamente se le impone una sanción por medio del Derecho Administrativo Sancionador, en donde luego se entiende que el mismo hecho tiene también relevancia penal, **esta forma de actuación y de decisión estatal no debe repercutir en forma negativa en el ciudadano.** Este último punto hace resaltar que, en forma tácita, a la persona no le corresponde asumir las consecuencias de las descoordinaciones que puedan existir entre los diversos órganos del mismo *ius puniendi*.

440

Entendemos que, si el Estado ya sancionó un hecho (**sea con ropaje administrativo**), no puede luego el mismo Estado (**con un ropaje penal**) sancionar el mismo hecho, bajo el pretexto irracional y literal de que la jurisdicción siempre tiene que prevalecer, a raja tabla, sobre la administración, así sea en perjuicio del ciudadano.

La acertada y conforme preeminencia de la jurisdicción sobre la administración, de

acuerdo con el principio de legalidad, no puede aceptarse cuando se busque vulnerar el contenido material del *non bis in idem*, es decir, no se puede justificar en la práctica una acumulación de sanciones por criterios de preeminencias. La razón de ser es porque el *non bis in idem* se configura como un derecho fundamental de la persona humana frente a la decisión del poder público de pretender castigarlo nuevamente por un hecho que ya fue objeto de sanción.

Somos del parecer que, la aplicación del *non bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, sino que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora debe ser entendida como una garantía del ciudadano⁽⁴⁶⁾.

Tanto en la legislación española como en la legislación alemana se sostiene que si el hecho con relevancia jurídica pudiera ser constitutivo de delito y de infracción administrativa, la administración deberá remitir todo el caso al órgano penal (Ministerio Público o Poder Judicial), absteniéndose de iniciar o de continuar con el procedimiento,

les se estará arrogando prácticamente funciones jurisdiccionales, al determinar con criterios propios lo que constituye la gravedad de un hecho y, con ello, su carácter delictivo". Desde otro parecer, VELA GUERRERO, Anderson. "El Principio Constitucional del *non bis in idem*. El *non bis in idem* y el Derecho Sancionador Peruano. Su aplicación a partir de la Ley de Procedimiento Administrativo General". Revista Peruana de Jurisprudencia, Volumen XXXI, Junio, 2004, p. 17, destaca que: "Puede decirse (...) que al surgir el conflicto de procedimiento sancionador por un mismo hecho, si bien, para los efectos de determinar la vía apropiada, la fórmula utilizada contiene un elemento subjetivo de calificación por parte de la Comisión de Procedimientos Concursales, creemos que es un buen adelanto normativo que ayudará a futuras legislaciones a perfeccionar este tema".

(46) En palabras similares del Magistrado BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano", cit., p. 75.

mientras la autoridad judicial no determine en forma definitiva la situación jurídica del hecho; en el caso de que exista sanción penal, se excluirá en forma definitiva la intervención de la administración.

Así, consideramos que cuando un mismo supuesto fáctico tiene relevancia penal y administrativa en forma paralela, dentro de una lógica de litispendencia o de procesos paralelos, la administración debe ceder hasta que la jurisdicción resuelva en definitiva, debiendo abstenerse de seguir procedimiento alguno mientras la autoridad judicial no resuelva en definitiva con los efectos de la cosa juzgada. Cuando la jurisdicción emite una **sentencia absolutoria** en la que considera como probado el hecho que se imputó, es decir, de que el hecho existió pero que el mismo carece de repercusión o de relevancia penal, la doctrina sostiene que es posible imputar responsabilidad administrativa, posteriormente, siempre que se respete el hecho acreditado en la vía penal⁽⁴⁷⁾. En este último caso es claro que no se violaría el non bis in idem en su contenido material porque sólo se impondría una sanción, pero sí iría en contra del non bis in idem en su contenido procesal por la proscripción de perseguir más de una vez por el mismo hecho, pues se

estaría sometiendo al imputado a un doble riesgo real para sus intereses⁽⁴⁸⁾.

Al respecto, **Alberto INFANTES VARGAS** ha dejado sentado que:

441

“La preeminencia del derecho penal sobre el administrativo que define la pauta a seguir en los frecuentes dobles procesamientos, implica que una vez absuelto un procesado en vía penal no puede por los mismos hechos ser procesado en vía administrativa, dado que el derecho administrativo sancionador no está facultado a analizar hechos de contenido delictivo ni ha derivar de los mismos implicancias administrativas, o más específicamente en caso de la vía disciplinaria militar no puede ésta procesar a quien ha absuelto en vía penal por los mismo hechos”⁽⁴⁹⁾.

Por otro lado, en el caso que exista identidad fáctica del hecho en sede administrativa y en sede penal, pero fruto del proceso penal se llegó a la conclusión de que tal hecho nunca existió o que no está probado, tal decisión vincula a todo el Estado incluyendo al Derecho Administrativo Sancionador. Si el ámbito penal define que el hecho atribuido **nunca existió o que no está debidamente**

(47) Sería el caso de que a un ciudadano se le absuelva porque se determinó que no actuó con una subjetividad dolosa sino con una subjetividad culposa, tras lo cual, en forma posterior, es sancionado por la administración porque se entiende que las normas administrativas sí sancionan el comportamiento culposos.

(48) En un sentido cercano RUIZ CERNADES, Daniel. “El principio non bis in idem. En el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal”. En: jurídica. Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, martes 26 de julio de 2005/Número 56, p. 11, es del parecer que: “Cuando se presenta una doble sanción, tanto administrativa como penal, y si en esta última existe un pronunciamiento determinado respecto a la responsabilidad del inculcado o, en todo caso, se ha declarado el sobreseimiento del proceso, la administración pública debe aplicar los principios establecidos en el artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, entre lo cuales se encuentra el Non bis in idem”.

(49) INFANTES VARGAS, Alberto. “El sistema acusatorio y los principios rectores del Código Procesal Penal”, cit., p. 125.

acreditado, ningún otro sector del Estado (jurisdiccional o administrativo) puede pretender acreditar lo contrario por medio de un nuevo proceso, porque un mismo hecho no puede en forma paralela ser y no ser (existir y dejar de existir) para los órganos del mismo Estado⁽⁵⁰⁾.

Asimismo, si en un caso en concreto, el Derecho Administrativo Sancionador ya se manifestó sancionando la conducta ilícita (no como una mera persecución o investigación), posteriormente no puede venir otra entidad estatal (administrativa o jurisdiccional), con el fin de poder sancionar el mismo hecho fáctico, es decir, venga de donde venga.

En este sentido, no cabe establecer el sustento de que como la administración ha incumplido su deber de no iniciar o de no suspender el procedimiento administrativo sancionador por un hecho que tiene también relevancia penal, se debe buscar el traslado del hecho al ámbito penal a pesar de la existencia de una previa sanción administrativa. En realidad, nuestra posición busca compatibilizar la preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador con el

contenido esencial del *non bis in idem*, buscando la reafirmación del principio constitucional de concordancia práctica⁽⁵¹⁾.

La inobservancia de la administración nunca deberá alterar el contenido esencial del *non bis in idem*, porque los errores en la configuración sancionadora que realiza y crea el propio Estado no pueden repercutir en forma negativa en el ciudadano, persona que es ajena por completo a dicho incumplimiento. De ahí que, buscar imponer una sanción penal con respecto a una conducta cuya sanción administrativa previa, existe y que tiene el carácter de firme, va en contra del *non bis in idem* ocasionando un doble resultado sancionador del mismo hecho.

Por eso mismo, el jurista español **Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, en forma muy sincera, ha afirmado que:

“En definitiva, el “principio” de prevalencia de la jurisdicción penal no sirve para fundamentar el principio del non bis in idem, sino que aquél “principio” lo que realmente implica es precisamente una consecuencia contraria del mismo, pues,

(50) Esta doctrina de que la autoridad administrativa debe estar vinculada a los hechos declarados como probados en sede judicial, ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional a través de las siguientes sentencias:

a. EXP. N° 2050-2002-AA/TC-LIMA-CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE
 b. EXP. N° 2322-2004-AA/TC-HUANCAVELICA-GILMAR AGUIRRE LEÓN.
 c. EXP. N° 3194-2004-HC/TC-LIMA-NICANOR CARREÑO CASTILLO.
 (51) EXP. N° 5854-2005-PA/TC-PIURA-PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES:

“(…)

§4. Principios de interpretación constitucional (...)

12. (...)

d. El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución).”

provoca que se prescinda del non bis in idem y se fuerce a que sea aplicado posteriormente por la Administración⁽⁵²⁾.

En doctrina, se discute si el principio non bis in idem en su contenido material requiere de la efectiva y ejecutiva reiteración sancionadora o es que basta la mera resolución que impone la respectiva sanción. Existen algunos que se adscriben con la posición de que basta la simple imposición de una sanción para que esté prohibido la imposición de una nueva sanción por el mismo hecho. Esto quiere decir que si, en un caso en concreto, el ius puniendi penal tiene conocimiento de la existencia de una previa sanción administrativa por el mismo hecho, debe meritarse la posición que establece que irrogada una sanción, sea ésta de carácter penal o de carácter administrativo, no se puede superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren, claro está, las identidades de sujeto, hecho y fundamento, siendo éste el núcleo esencial que debe ser necesariamente respetado en el ámbito de la potestad punitiva dentro de un Estado Constitucional.

Por otro lado, existe la posición contraria que establece que la vulneración del non bis in idem en su vertiente material requiere de la efectiva reiteración sancionadora, no bastando la mera imposición de la sanción, la misma que se sus-

tenta en un criterio de proporcionalidad; se busca sustentar que si el órgano judicial descuenta la sanción administrativa de la pena impuesta⁽⁵³⁾, no se produciría una sanción desproporcionada, no existiendo, por tanto, violación del non bis in idem material. Esta posición busca sostener que no basta la mera imposición de una sanción para alegar la presencia del non bis in idem, sino que la nueva sanción es procedente en tanto se descuenta los efectos sancionatorios de la anterior. En otras palabras, la nueva sanción, en este caso la penal, no puede tomar en cuenta la misma que ya fuera materia de imposición anteriormente, en este caso la administrativa. Esta posición busca adicionalmente señalar que, si la administración no respetó la prioridad o preeminencia del Derecho Penal, esto no impide un segundo procedimiento sancionador bajo el tamiz de la supuesta proporcionalidad.

Como se podrá advertir, la idea central es la siguiente: o se mantiene la sanción administrativa impidiendo una sanción penal (a pesar de que la administración ha asumido un ámbito que es de competencia del Ministerio Público y del Poder Judicial), o se deja sin efecto la sanción administrativa por su intervención incompetente dejando todo al Derecho Penal, todo esto en respeto del contenido esencial del non bis in idem.

(52) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "El Principio Non Bis In Idem". Editorial DYKINSON, Madrid, 2004, p. 56.

(53) Una posición crítica, específicamente a la asumida por el Tribunal Constitucional Español, referido a la posibilidad de poder descontar la previa sanción administrativa ya impuesta, para la futura pena a imponer en el ámbito jurisdiccional, asumiéndose la tesis de la compensación, en la sentencia penal, de la sanción administrativa o de absorción de la sanción administrativa por la penal y en la imposibilidad de anular la sentencia penal que ha castigado por segunda vez al ciudadano que haya podido sufrir ya una sanción administrativa, véase el aporte dogmático muy pertinente del profesor español GIMENO SENDRA, Vicente. "Cuestiones prejudiciales devolutivas y "non bis in idem" en el proceso penal". En: El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl PEÑA CABRERA. ARA Editores, Lima, 2006, pp. 456-458.

En resumen, en el caso que el hecho con relevancia jurídica pudiera ser constitutivo de delito y de infracción administrativa, la administración deberá, obligatoriamente hablando, remitir todo el caso al órgano penal (Ministerio Público o Poder Judicial), absteniéndose de iniciar o de continuar con el procedimiento mientras la autoridad judicial no determine en forma definitiva la situación jurídica del hecho. En el supuesto que exista sanción penal se deberá excluir en forma definitiva la intervención de la administración, evitando con esto, en forma adicional, que se produzcan pronunciamientos de tipo contradictorio si se permitiese una intervención paralela o de litispendencia. La prevalencia de la jurisdicción sobre la administración debe ser entendida en forma concordante con los diversos contenidos que conforman el *non bis in idem*; la preeminencia de la jurisdicción no deberá ser entendida como un impedimento para inaplicar tal garantía.

4. LA POSICIÓN DOGMÁTICA DE LA DOCTRINA NACIONAL CUANDO EN PRIMER LUGAR HA INTERVENIDO EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y POSTERIORMENTE PRETENDE INTERVENIR EL DERECHO PENAL

Es necesario mencionar la posición dogmática de la doctrina nacional cuando prime-

ro ha intervenido el Derecho Administrativo Sancionador, sancionando el hecho materia de imputación, y posteriormente pretende intervenir el Derecho Penal con la finalidad de poder sancionar el mismo hecho.

a. El profesor **Eduardo ALCÓCER POVIS** ha advertido que:

“En el caso que se **imponga primero la sanción administrativa** queda **des-terrada** posibilidad alguna de que el **órgano judicial** se pronuncie sobre el **mismo ilícito** (*ne bis in idem material*).

Si bien con esta afirmación se **deja de lado la preferencia del órgano judicial penal para el procesamiento**, ello se hace en aras de evitar la sanción al ciudadano por parte de las autoridades públicas, sean cuales fueran éstas (administrativo o penal)⁽⁵⁴⁾ (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

b. El Magistrado Supremo César **SAN MARTÍN CASTRO** ha sostenido que:

“Se asume el principio de interdicción de la persecución penal múltiple o *ne bis in idem* procesal –que no se persiga o juzgue dos veces por un mismo delito- (vid.: art. III TP NCPP), en cuya virtud una persona no puede ser juzgada dos veces por un mismo o único hecho: **si las figuras penales o la infracción administrativa y el tipo penal no difieren en su elementos esencia-**

(54) ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La prohibición en incurrir en *bis in idem*”, cit., p. 115.

les, como dice el TEDH en el asunto Oliveira vs. Suiza (vid.: STEDH del 30.7.1998, sS 29), **no puede iniciarse un segundo procedimiento**, en cuyo caso, **sin interesar en qué ordenamiento está prevista la primera sanción**, debe regir ésta y anularse el segundo procedimiento (STEDH DEL 30.6.2002, Asunto W.F.C. vs. Austria, sS 26f)⁽⁵⁵⁾ **(EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO)**.

El mismo jurista nacional, en otro trabajo académico, refiriéndose a la Ley de Procedimiento Administrativo General, ha hecho mención que:

448

“El citado art. 230.10 de la nueva Ley viene a derogar el conjunto de disposiciones legales que permitan que un funcionario o servidor público pueda ser sancionado, indiscriminadamente, por un mismo hecho, tanto penal cuanto administrativamente. La Corte Suprema, por ejemplo, había señalado genéricamente, y sin referencia a límites

o criterios de razonabilidad específica, que la sanción disciplinaria impuesta a una encausada por el hecho objeto del proceso penal, constitutivo de peculado, no la exime de la responsabilidad penal que le corresponde, de suerte que inclusive la persecución penal no requiere pronunciamiento previa en vía extra-penal⁽⁵⁶⁾.

Complementando lo anterior, se agrega que:

“Por tanto, son dos los alcances procesales del ne bis in idem. En primer lugar, la prioridad del proceso penal respecto del procedimiento administrativo sancionador en el procesamiento de un mismo hecho. Ello, es una consecuencia directa del carácter auxiliar y delegado de las potestades entre Administración y Jurisdicción y el sometimiento constitucional de aquélla a ésta, a la vez que permite entender que se trata de una prioridad sustancial y no sólo cronológica-procedimental, al punto de

449

(55) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Introducción General al Estudio del Nuevo Código Procesal Penal”. En: El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFÁN, Fany Soledad (COORDINADORES), Palestra Editores, Lima, 2005, junio, pp. 16-17. El profesor SAN MARTÍN CASTRO, César. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I, Editorial Grijley, Segunda Edición, 2003, pp. 106-107, refiriéndose a la doctrina jurisprudencial asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha hecho resaltar que: “(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene establecido, en cuanto al ámbito administrativo sancionador, que el procedimiento respectivo ha de respetar todas las garantías materiales y procesales contenidas en la Convención, entre las que se encuentra la prohibición del non bis in idem (...). También ha declarado que, a los efectos de la prohibición del non bis in idem, dicho principio ha de estar presente en los supuestos de aplicación, a los mismos hechos, de una sanción penal y otra administrativa, entre un injusto administrativo y un delito (...). El citado Tribunal Regional no sólo ha insistido en la supremacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo y en la inclusión de los ilícitos administrativos en concurrencia con los penales a los efectos de la prohibición del non bis in idem, también ha estipulado (...) similares vulneraciones al non bis in idem cuando se trata de casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un delito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un delito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros; o, lo que es lo mismo, cuando diferentes delitos basados en un acto son perseguidos consecutivamente, uno después de la resolución firme sobre el otro, pese a que dichos delitos tienen los mismos elementos esenciales”.

(56) SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos; REAÑO PESQUIERA, José. “Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales”. Jurista Editores, 2002, p. 378.

que una sanción administrativa pronunciada con anterioridad al inicio de actuaciones penales sobre los mismos hechos será objeto de anulación indefectible. En segundo lugar, la necesidad de respetar la cosa juzgada, entendida en un sentido amplio, equiparable a la obligación de la Administración, cuando actúe a posteriori, debe respetar el planteamiento fáctico que los Tribunales hayan realizado. Tal vinculación es total cuando se trata de sentencias condenatorias, en cuya virtud el procedimiento administrativo no podrá iniciarse o, si ha sido iniciado, darse por concluido; y, es relativa cuando se dicte sentencia absolutoria, pues sólo afecta a los hechos declarados probados, y no a la calificación jurídica, que puede ser distinta para un mismo soporte fáctico, por lo que unos mismos hechos pueden ser valorados de manera diferente en el ámbito penal y en el orden administrativo⁽⁵⁷⁾.

- c. El profesor **Dino Carlos CARO CORIA** hace destacar que:

450

“(…) La norma extiende además su eficacia tanto “para las sanciones penales y administrativas”, cabiendo deducir que no sólo prohíbe el *bis in idem* al interior 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 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⁽⁵⁸⁾ (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

Adiciona, este mismo jurista nacional, que:

“(…) 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”⁽⁵⁹⁾.

- d. El profesor **Manuel ABANTO VÁSQUEZ** ha apuntado que:

452

“Efectivamente, si el hecho considerado punible es el mismo que motiva una infracción administrativa, en realidad el sujeto solamente ha atentado una vez contra el bien jurídico y por lo tanto solo merece una sanción. El

(57) SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos; REAÑO PESQUIERA, José. “Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales”, cit., pp. 382-383.

(58) CARO CORIA, Dino Carlos. “El principio de *ne bis in idem* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 310.

(59) CARO CORIA, Dino Carlos. “El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 323.

Juez penal que conozca un proceso por delitos tributarios donde ya ha existido la imposición de una sanción administrativa, debería abstenerse de abrir siquiera un proceso penal. (...) Por cierto que no habrá violación del principio “ne bis in idem” en todos los casos, sino solamente cuando la administración tributaria, además de efectuar el cobro coactivo del tributo adeudado, imponga una multa y el juez penal, independiente de ello imponga una pena”⁽⁶⁰⁾.

- e. El profesor Percy GARCÍA CAVERO, en una posición que consideramos reveladora, sagaz y pertinente, ha descrito últimamente que:

453

“El panorama se torna complejo cuando, **pese** a la existencia de un proceso penal por un mismo hecho, la Administración **lleva** adelante un procedimiento administrativo e **impone** una sanción administrativa. La solución a este supuesto problemático no puede ser general, sino que requiere un razonamiento diferenciado. Por un lado, el principio del *non bis in idem* procesal debe entenderse como una garantía del ciudadano

que no puede sufrir ningún recorte, de manera tal que el mal funcionamiento del Estado (tener dos procedimientos por un mismo hecho) no puede repercutir en la persona en ningún caso. No obstante, la protección constitucional puede sufrir algún recorte cuando el administrado **no alega** frente a la Administración o a la instancia judicial la existencia de dos procesos por un mismo hecho **para beneficiarse luego con la aplicación exclusiva de la sanción administrativa que siempre sale antes que la sanción penal.** En este caso, el no agotamiento de las posibilidades de evitar la existencia de dos procesos por parte del ciudadano limita la protección constitucional frente al doble procesamiento del Estado.

454

La cuestión que queda por resolver en el caso de existencia de una primera sanción administrativa y una sanción penal posterior es qué sanción debe cumplirse. La solución podría ir por negar la aplicación de ambas sanciones, en la medida que la infracción de la garantía procesal del *non bis in idem* le restaría legitimidad a am-

(60) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Derecho Penal Económico. Parte Especial”, cit., p. 492. Dentro de este contexto, la profesora GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. “La pérdida de vigencia del principio non bis in idem en el ámbito de los Delitos Tributarios. En: Sección de Actualidad Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 70-B, 1999, p. 67, es del parecer que: “Si a esta situación se le une que el art. 190º CT dispone 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 a lugar”, llegamos a la conclusión de que la violación del principio “non bis in idem” está servida en bandeja por parte de la Administración Tributaria, vulnerando con ello un principio esencial de todo Estado social y democrático de Derecho. De igual manera, la posibilidad de que un sujeto sea sancionado dos veces por un mismo hecho, plantea también serias dudas en orden al sistema de garantías y a la efectividad del derecho a la defensa con el que cuenta la persona inculpa en un procedimiento administrativo sancionador, en la medida en que se siguen procedimientos paralelos, donde, no obstante, la declaración de culpabilidad en el proceso judicial prácticamente representa automáticamente la condena también en el expediente sancionador administrativo, en tanto que la apertura de este expediente ya es suficiente para abrir dudas respecto a su inocencia, con lo que el principio de presunción de inocencia queda en entredicho”.

bas sanciones. No obstante, los vacíos de punibilidad que conllevaría esta solución aconsejarían permitir la imposición de cuando menos una de las sanciones. En este sentido, algunos autores entienden que si ya se impuso una primera sanción (la sanción administrativa), se cierra la posibilidad de imponer la sanción penal. En una orientación más represiva, por el contrario, la jurisprudencia española considera que el Poder Judicial puede revisar la sanción administrativa e imponer, con el descuento proporcional, la sanción penal. Esta solución, sin embargo, no puede eludir la crítica de llevar a cabo un doble procesamiento por un hecho y, en este sentido, difícilmente podría considerarse compatible con el respeto amplio del principio de *non bis in idem*. En nuestra opinión, la sanción penal solamente podría ejecutarse si la sanción administrativa aún no se ha ejecutado y puede ser, por tanto, suprimida. Por el contrario, si la sanción administrativa ya se cumplió o se viene cumpliendo, no cabrá reformarla con base en la sanción penal que merecía el mismo hecho⁽⁶¹⁾ (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

455

- f. Siguiendo esa misma lógica interpretativa, Daniel Osarim HUAMÁN CASTELLARES hace mención que:

“(…) La excepción se encuentra en aquellos supuestos en los cuales ya se ha impuesto una sanción al ciudadano (sea penal o administrativa), porque en esos casos el Estado ya ejerció su potestad sancionadora y le está vedada la posibilidad de hacerlo nuevamente. De forma contraria sucede cuando aún no se ha sancionado al sujeto, pues en este caso habría de prevalecer la jurisdicción penal, ya que el legislador no ha establecido algún criterio cuantitativo de diferenciación⁽⁶²⁾ (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

456

- g. Complementando a la doctrina penal, en la doctrina especializada en Derecho Administrativo Sancionador por medio de Richard MARTÍN TIRADO se concluye que:

457

“(…) El referido principio nos indica que, en todos los supuestos, la sanción penal y la sanción disciplinaria siempre devienen en incompatibles y excluyentes, puesto que por los mismos hechos ilícitos no es posible imponer simultáneamente consecuencias de índole penal y de índole administrativa.

En el ámbito de las potestades disciplinarias, la comisión de hechos calificados como infracciones disciplinarias

(61) GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico. Parte General”, Tomo I, cit., p. 888.

(62) HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim. “Non bis in idem. Sobre la persecución y sanción múltiples en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador”. En: *Jus. Doctrina & Práctica* 11/2007, Editorial Grijley, p. 196.

no puede ni debe dar lugar a consecuencias de orden penal. (...) El ámbito disciplinario (es decir, las infracciones y sanciones disciplinarias) tiene un espacio propio de aplicación, y dentro de este no se admite el ámbito de intervención del Derecho Penal.

Finalmente, el non bis in idem debe ser correctamente interpretado en función del principio de autonomía e responsabilidades (contemplado en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en las normas de la Ley de la Carrera Administrativa y su Reglamento). Específicamente, un hecho tipificado como infracción disciplinaria puede tener como única consecuencia la atribución de una sanción disciplinaria por tal infracción. No cabe, en este sentido, la intervención del Derecho Penal donde ya se sancionó disciplinariamente (...).

En todo caso, la regla del non bis in idem debe ser correctamente entendida como una forma de excusión del Derecho Penal en todos los casos en que una infracción se encuentre determinada como ilícito disciplinario (...)⁽⁶³⁾.

- h. Interpretándose el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal del 2004, el profesor nacional Mario Pablo RODRÍGUEZ HURTADO hace destacar que:

“En el entendido que la potestad sancionadora del Estado es única aunque bien pueda adquirir perfiles administrativos o penales y que aquél tiene una sola oportunidad para hacer valer su pretensión punitiva, el Título Preliminar precisa que la interdicción de la persecución múltiple rige también para las sanciones penales y administrativas en cuanto resulta **inadmisibile** que por el mismo hecho éstas se **acumulen**; de ahí que para evitar **superposiciones perjudiciales** al imputado, regle que el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. Una manifestación de lo dicho se encuentra en el inciso 6 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del NCPP, que dispone que el artículo 8° del D. Leg. N° 813 (Ley Penal Tributaria del 20 de abril de 1996), referido a la investigación y promoción de la acción penal en los delitos tributarios, quede redactado de modo que la administración deba comunicar al fiscal los indicios de la comisión de delito tributario descubiertos en el curso de sus actuaciones y que el fiscal, en razón de este aviso y en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, disponga lo conveniente, que ordene a la administración ejecutar ciertas diligencias o las realice por sí mismo y que, en cualquier momento, disponga que dicho órgano le remita todo lo actuado en

458

(63) MARTÍN TIRADO, Richard. “¿Infracción administrativa o ilícito penal? Ejercicio razonable del ius puniendi del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 135, Gaceta Jurídica, Febrero, 2005, pp. 153-154.

el estado que se encuentre, prosiguiendo la pesquisa en Fiscalía o por la policía”⁽⁶⁴⁾ (EL SUBRAYADO Y NEGREADO ES NUESTRO).

5. POSICIÓN PERSONAL EN EL CASO MATERIA DE ANÁLISIS

Como se podrá apreciar, un caso de mucha realidad nacional tiene que ver con el hecho de **manejar un vehículo en estado de ebriedad o en estado de drogadicción**⁽⁶⁵⁾, conducta ilícita que tiene relevancia penal y administrativa en forma paralela.

La tipicidad de este injusto depende, sencillamente, en conducir en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro o bajo el efecto de estupefacientes, sin que sea necesario que el sujeto activo del delito: conduzca en forma temeraria; vaya en dirección contraria; maneje por la misma acera; que casi atropelle a un peatón, etc. Para la debida

adecuación de esta conducta es solamente necesario conducir con las características expuestas, **bajo una lógica de peligro presunto o abstracto**, en donde el interés jurídico a proteger es la seguridad pública en el tráfico automotriz.

La persona que ha bebido alcohol por encima del límite permitido y maneje, más allá de que en el caso en concreto no se demuestre un peligro real o certero, afecta la seguridad del tráfico automotor por existir una influencia negativa en la capacidad psicofísica del conductor, en donde la regulación penal y administrativa se anticipa a toda lesividad de la vida o de la salud individual.

Consideramos que, no existe ninguna diferencia sustancial entre el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad y la infracción al reglamento de tránsito por manejar en estado de ebriedad⁽⁶⁶⁾, por compartir un elemen-

459

(64) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Los principios de la reforma y el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (NCP)”. En: *Artículos y Ensayos en torno a la Reforma del Sistema Procesal Penal y Apuntes sobre la Justicia Constitucional*. Revista Institucional N° 8, Marzo, 2008, Academia de la Magistratura y Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú (JUSPER), p. 167.

(65) Un análisis del delito de conducción en estado de ebriedad o de drogadicción, es decir, desde el ámbito del bien jurídico protegido, de la tipicidad objetiva y de la tipicidad subjetiva, véase a RODRÍGUEZ DELGADO, Julio Antonio. “Delitos cometidos mediante el empleo de vehículos”. En: *Revista de Derecho Foro Jurídico*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año II, N° 3, 2004, pp. 224-226.

(66) Respecto al debate y crítica que existe en España por la doble intervención que realiza el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, en forma paralela, por la conducción de vehículo en estado de ebriedad o en estado de drogadicción, véase a JAÉN VALLEJO, Manuel. “Principio constitucional non bis in idem”. En: *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica*. Antonio José CANCINO MORENO (COMPILADOR). Homenaje a Fernando HINESTROSA 40 años de rectoría 1963-2003. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Octubre, 2003. Esta misma posición de este autor español la podemos encontrar bajo el siguiente título: “Principio constitucional “ne bis in idem” (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)”. En: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm> (Université de Fribourg). Información obtenida con fecha 24 de junio de 2008. En la doctrina nacional se puede apreciar los siguientes trabajos académicos: HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim. “Non bis in idem. Sobre la persecución y sanción múltiples en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador”, cit., pp. 179-196; RUIZ CERNADES, Daniel. “La aplicación del principio non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador por conducir un vehículo en estado de ebriedad o tóxico”. En: <http://www.ybabogadosasociados.com/publicaciones.htm>. Información obtenida con fecha 01 de setiembre de 2008.

to nuclear común (conducir en estado de ebriedad o drogadicción), sin que ambos requieran la existencia de un peligro real o de temeridad al respecto. Si debiéramos hacer mención de alguna diferencia, **desde un punto de vista de extremo**, la única que existe es que ambas son aplicadas e impuestas por

dos órganos distintos pero del mismo Estado⁽⁶⁷⁾.

Por lo manifestado, nos encontramos de acuerdo con lo resuelto por el Fiscal Provincial por la presencia, en el caso en concreto, de la triple identidad que a continuación se detalla:

**LA CONCURRENCIA DE LA TRIPLE IDENTIDAD
EN EL CASO EN CONCRETO
(SUJETO, HECHO Y FUNDAMENTO)
IDENTIDAD SUBJETIVA O DE PERSONA:**

En el caso en concreto recae en la persona de Jaime Rolando CABALLERO RODRÍGUEZ, a quien previamente se le ha impuesto una sanción administrativa consistente en la papeleta por infracción del Reglamento de Tránsito, sanción que no sólo fue impuesta sino también ejecutada, pretendiéndose ahora una nueva sanción pero a través del Derecho Penal.

IDENTIDAD OBJETIVA O DEL MISMO HECHO FÁCTICO:

El hecho fáctico materia de imputación tiene como antecedente que la persona de Jaime Rolando CABALLERO RODRÍGUEZ fue intervenido en el momento que manejaba en estado de ebriedad, conducta que se acreditó con el respectivo examen de dosaje etílico. Aquí no interesa la calificación jurídica o nomen iuris que se le atribuya, es decir, no importa si se le denomina como infracción al Reglamento de Tránsito o delito de Peligro Común. Nos encontramos frente a una infracción, penal y administrativa, que comparten un elemento nuclear común (manejar en estado de ebriedad), de modo que pretender imponer ambas sanciones en forma copulativa, el hecho sería doblemente sancionado.

IDENTIDAD CAUSAL O DE FUNDAMENTO:

Esta identidad se establece porque el hecho de manejar en estado de ebriedad sea denominado como infracción al Reglamento de Tránsito o como delito de Peligro Común tiene un mismo bien jurídico a proteger, esto es, la seguridad pública en el tráfico automotriz

(67) No necesariamente una sanción penal debe ser más grave que las sanciones administrativas, como el tema de las multas, pudiendo ser en algún caso más conveniente la intervención del Derecho Penal, sin perjuicio que por la lentitud actual de la administración de justicia el ejercicio de la acción penal muchas veces prescriba, aspecto último que esperamos sea resuelto con el nuevo Código Procesal Penal de 2004.