

# EL *NE BIS IN IDEM* Y EL DERECHO SANCIONADOR PERUANO - SU APLICACIÓN A PARTIR DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Autor: Anderson Vela Guerrero\*

Sumilla:

1. Alcances Generales
2. *Ne bis in idem* – Garantía constitucional o medio de excepción procesal
3. Tratamiento jurisprudencial del *ne bis in idem*
4. Prevalencia en el Procedimiento Sancionador
5. Pautas para su aplicación
6. Conclusiones

## 1. ALCANCES GENERALES

El derecho peruano ha incorporado como parte de su legislación administrativa, el principio del *ne bis in idem*. En efecto, el numeral 10 del artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley N° 27444, señala que “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena o una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

Al respecto, existe opiniones discordantes con relación a su incorporación en una norma que regula el procedimiento administrativo general peruano; pues, unos sostienen que este principio de alguna manera está incorporado en los incisos 2 y 13 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado (principio de legalidad y debido proceso) y que por lo tanto era suficiente la norma constitucional para su aplicación, mientras que otros afirman que si era necesaria esta incorporación, sustentándose en que tenemos un Estado de derecho precario, con instituciones endeble, donde se encuentra latente, por decir de alguna manera, la tendencia a que se cometan excesos al momento en que el Estado utilice su atributo sancionador.

El hecho de haberse positivado este principio, y las amplias perspectivas de su aplicación para proteger a la persona de la doble persecución del Estado, harán que en un inicio se produzca tensión entre la seguridad formal (procedimiento sancionador establecido en la legislación nacional) y la justicia material (fin último del atributo sancionador del Estado), y por tanto, se perciba problemas o conflictos entre la jurisdicción penal y el ámbito administrativo sancionador.

De otro lado, algunos autores utilizan la nominación de *non bis in idem*, mientras que otros optan por la expresión *ne bis in idem*. Se sostiene que entre ambos términos existen diferencias en cuanto a sus efectos jurídicos. La LPAG peruana, optó por denominarlo como *non bis in idem*. Buscando definiciones, se encontró conceptos para cada uno de ellos, que a mi entender cumplen la misma finalidad. Por ejemplo, se define al *ne bis in idem* como: “Nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgados por resolución firme de un tribunal penal”. Mientras que el *non bis in idem*, como “Nadie puede ser juzgado doblemente por un delito”<sup>1</sup>. De acuerdo a estas definiciones, se entiende que el *ne bis in idem* tendría mayor amplitud de concepto, pues habla de “los mismos hechos” mientras que el segundo es más restrictivo, pues sólo se refiere a “delitos”; sin embargo, cuando se analiza las ejecutorias supremas nacionales como internacionales, se observa que ambos conceptos se usan indistintamente, pues sus efectos tienen la misma trascendencia, “no dos veces de lo mismo”.

---

<sup>1</sup> Juristexto: Expresiones Latinas de Contenido Jurídico. <http://www.juristexto.com>

En este sentido, la intención de este artículo es señalar, primero cómo ha venido interpretando la jurisprudencia el principio del *ne bis in idem* en su vertiente material (la prohibición de doble sentencia por un mismo hecho), y de otro lado, plantear algunas soluciones, que podrían ser debatibles, en aquellos casos donde la conducta reprochable es perseguible penalmente y al mismo tiempo es reclamada en sede administrativa, produciéndose una dualidad en el sistema sancionador, un conflicto de quién es el encargado de sancionar (vertiente procesal).

## **2. NE BIS IN IDEM – MEDIO DE EXCEPCIÓN PROCESAL O GARANTÍA CONSTITUCIONAL**

Muchas veces tenemos una concepción meramente incidental del principio del *ne bis in idem*, sin embargo, existe un desarrollo doctrinario que demuestra que éste se encuentra considerado dentro de las garantías orgánicas jurisdiccionales, precisamente en el mismo nivel de los llamados principios de proporcionalidad, principio de buena fe y de seguridad jurídica, conocidos como principios generales del Derecho; y de los principios procesales conocidos como: *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iudicio*, presunción de inocencia, principio del juez natural y el del derecho de defensa.

Siendo esto así, puede asumirse que el principio del *ne bis in idem* no es subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio accesorio, ya que no nace del proceso, sino que existe antes de él, es un “regulador” del proceso judicial o del procedimiento administrativo. De ahí su importancia en la estructura del *ius puniendi* del Estado. De acuerdo a estos conceptos, podemos afirmar, que este principio es el sustrato que dinamiza la entidad de la cosa juzgada o la litis pendentia. El *ne bis in idem* viene a ser entonces, una garantía política protectora de la libertad individual y que sirve de sustento a estas excepciones. Es por ello, que las ejecutorias supremas nacionales como internacionales, basan sus sentencias –cuando aplican este principio- en normas constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, cuál sería el origen constitucional del *ne bis in idem* en nuestro sistema jurídico peruano. Si hacemos un análisis de nuestra jurisprudencia, encontraremos muy poca información sobre el mismo. Sin embargo, se ha encontrado jurisprudencia, específicamente del Tribunal Constitucional peruano que ha venido aplicando sistemática y coherentemente este principio, en procedimientos administrativos, generados en algunos casos, por el fuero privativo militar.

En estos casos, el fundamento del Tribunal Constitucional se basa en la norma constitucional que corresponde a las llamadas garantías jurisdiccionales, específicamente a lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado que señala que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)*”. Sin embargo, la pregunta que surge es, si esta norma constitucional abarca todo el significado que tiene la aplicación del *ne bis in idem*. Creemos que no, la norma constitucional abarca el *ne bis in idem* material, (protección del derecho de toda persona de no ser sentenciada nuevamente por un hecho que ya mereció sanción), más no el procesal, prohibición de doble persecución.

Asimismo, los Convenios Internacionales, recogen de una u otra forma el concepto del *ne bis in idem*. Así tenemos por ejemplo la cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” que señala que “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”. De igual manera, la cláusula 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos expresa que “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el*

*cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.*

Con relación a estos dos convenios, es oportuno señalar que la formula utilizada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, -mismo delito- es restrictiva en comparación con el término que utiliza la Convención Americana – mismos hechos-, que es un término más amplio en beneficio de la víctima. Esta diferencia, es realmente de suma importancia para la aplicación del principio aludido, pues, no se necesita recurrir al análisis restringido de sí es el mismo delito (elemento de tipicidad), sino a los hechos que generaron la persecución estatal (elemento material).

Si revisamos la legislación europea, podemos citar el artículo 103 numeral 3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que señala que *“Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales”*. Consideramos, que este precepto constitucional es el más acertado, pues, desarrolla un concepto más amplio para la aplicación del *ne bis in idem*; va más allá de la esfera de un proceso formal jurisdiccional, pues admite la protección en contra de sanciones que pueden ser aplicadas en el ámbito del derecho penal administrativo, por hechos que también se encuentran tipificados y sancionados como delitos en el Código Penal, es decir abarca a todas las “leyes penales generales”.

De otro lado, el artículo 4º del Protocolo Nº 7 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y artículo 20 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989, contemplan dentro de sus garantías jurisdiccionales el llamado principio del *ne bis in idem*.

Es importante señalar que la deficiente estructura que recogen las constituciones sobre el principio del *ne bis in idem*, no ha impedido que éste tenga un desarrollo realmente importante en términos de jurisprudencia. Así lo demuestra, por ejemplo, los casos resueltos por el TC español, que se sustentan en el artículo 25.1 de la Constitución Política Española, que señala que *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. Como podrá deducirse, esta norma constitucional es conocida como principio de legalidad, pero no impidió que el TC resuelva utilizando esta base constitucional, acciones de garantías donde se violentaron el principio del *ne bis in idem*, (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997)<sup>2</sup>.

Adicionalmente a ello, la Ley española del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 publicada el 27 de noviembre de 1992, legisla el principio del *ne bis in idem* en el Artículo 133, Concurrencia de Sanciones, disponiendo que *“No se podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”*, estructura que tiene afinidad con el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG peruano.

### **3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL**

La administración pública, específicamente el Derecho penal administrativo ha entrado en real “competencia” con el Derecho penal, y desde esta perspectiva la LPAG peruana ha incorporado, siguiendo la vertiente española, un gran número de principios que tienen por finalidad la protección del administrado, en especial el principio del *ne bis in idem*.

---

<sup>2</sup> “Principio “Non bis in idem y el Principio de la Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del Ne bis in idem” Jaime de Lamo Rubio. <http://Noticias.juridicas.com>.

Siguiendo la posición de Francisco Javier de León Villalba, ésta “competencia” se hace tangible en uno de los sectores donde con mayor claridad podemos observar el conflicto del Estado sancionador, nos referimos al Derecho Penal Económico. En este caso, sostiene este autor que “*El problema se agudiza cuando se trata de la concurrencia de normas de diferentes órdenes normativos, que imponen sanciones ante una misma conducta antijurídica del sujeto*”<sup>3</sup>.

Hay un desarrollo sostenido en materia jurisprudencial que pretende dar mayor cobertura al principio del *ne bis in idem*. La jurisprudencia nacional e internacional, viene dictando nuevas pautas de aplicación de éste principio, permitiendo su utilidad más allá del formalismo legal de activarla como base de la excepción de cosa juzgada o de litis pendencia.

En la página web del Tribunal Constitucional peruano<sup>4</sup> se ha encontrado rica jurisprudencia en materia de aplicación del principio del *ne bis in idem*. El TC utiliza el nombre de *non bis in idem*. Tenemos por ejemplo, la STC N° 799-98-AA/TC del 30 de abril de 1999, donde se amparó un recurso extraordinario por violación del *ne bis in idem* exclusivamente en sede administrativa.

Los hechos son los siguientes: el demandante ocupó el segundo puesto en el concurso público para cubrir plazas vacantes de docentes y directores, convocado por la Ley N° 26815. Según Directiva N° 003-97-CN que regulaba el nombramiento de directores y docentes, se determinó que no era procedente el nombramiento de aquellos postulantes que, previo proceso administrativo, hubiesen sido sancionados con suspensión, separación temporal o definitiva del cargo; por lo tanto, el demandante no podía acceder a la plaza que había ganado, ya que había sido sancionado previamente.

Es interesante resaltar esta sentencia, para tener presente que este principio incluso va más allá de las consecuencias de sanciones impuestas en un procedimiento regular. En efecto, el TC consideró que esta Directiva, lo que hacía era “*imponer una sanción adicional por el mismo hecho al servidor luego de haber cumplido la sanción administrativa impuesta en su oportunidad, lo cual atenta contra el principio del ne bis in idem, consagrado en el artículo 190° inciso 13) de la Constitución Política del Estado*”. Como podrá deducirse, éste es un típico caso de extensión de una sanción más allá de su cumplimiento, prohibiendo el acceso a un concurso público de un profesor por el hecho de haber sido sometido a un procedimiento administrativo cuya sanción fue cumplida, *ergo* aplicar restricciones como el limitar el ejercicio de derechos ganados, por la existencia de una sanción previa, convierte a la sanción en *in perpétuum*.

Otra jurisprudencia del TC que merece mencionarse es el STC N° 490-00-AA/TC del 04 de diciembre de 2001. En este caso, el demandante solicitó al TC que se deje sin efecto una resolución de una Jefatura Regional de la Policía Nacional que ordenaba su pase a situación de disponibilidad por medida disciplinaria, al encontrarse incurso en la presunta comisión del delito de abandono del servicio y faltas graves, como el de obediencia y el deber profesional. Se le imputó, el haber permitido la fuga de un sujeto que tenía un proceso penal por delito de tráfico ilícito de drogas.

De acuerdo a la ejecutoria del TC, este funcionario había sido sometido a proceso administrativo y se le sancionó con doce días de arresto simple y ocho días de arresto de rigor, por estos hechos y que fueron cumplidos, incluso no fue comprendido en el proceso

---

<sup>3</sup> Francisco Javier de León Villalba. “Acumulación de Sanciones penales y administrativas – Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*”. Editorial Bosch, 1ra. Edición.

<sup>4</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/>

penal que se instauró a otros policías por la referida fuga. El TC concluyó que en este caso existe *“una notoria y reiterada transgresión al principio non bis in idem o prohibición de ser sancionado dos veces por la misma causa, pues (...) el demandante ya había sido sancionado con doce días de arresto simple, no se le podía volver a sancionar por los mismos hechos, como ha ocurrido en el presenta caso, en que luego de haber sido cumplida la citada sanción, posteriormente le fue aplicada otra, de ocho días de arresto de rigor y una tercera, que precisamente consiste en el cuestionado pase a la situación de disponibilidad”*. Con esta sentencia se protege la prohibición de imponer doble sanción por un mismo hecho.

Es importante mencionar también para ir identificando la esfera de acción del principio del *ne bis in idem*, la STC N° 008-001-HC/TC del 19 de enero de 2001, derivada de un habeas corpus contra el Consejo Supremo de Justicia Militar por amenaza de violación de derecho constitucional de la libertad individual.

El demandante fue sometido a un proceso judicial, donde fue absuelto por delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de encubrimiento personal. También el mismo sujeto fue sometido a un procedimiento en el Fuero Privativo Militar por delito de evasión de presos, donde se le condenó a pena privativa de libertad.

El fundamento del TC es sumamente importante. Sostiene que el proceso penal que se le siguió ante el Consejo Supremo de Justicia Militar fue irregular pues sobre los mismos hechos ya había sido absuelto previamente mediante sentencia ejecutoriada expedida por la Cuarta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. En este caso, el TC sostuvo que el proceso ante la justicia militar se llevó a cabo *“(...) con evidente infracción del principio del nom (sic) bis in idem”*. La defensa esgrimida por el Consejo Supremo de Justicia Militar fue la siguiente: Que no existía identidad de fundamento, pues en su jurisdicción se instauró proceso por evasión de presos, mientras que en la vía civil por delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de encubrimiento.

El TC no se fijó en el tipo penal que se imputó al accionante para instaurarle el proceso penal, sino en que *“la afectación de bienes jurídicos por los cuales se les juzgó en dichas sedes, son enteramente semejantes en tanto que en ambos casos la potestad punitiva del Estado estuvo dirigida a sancionar la responsabilidad penal del accionante derivado de la fuga de internos de un Establecimiento Penal”*. Con la presente sentencia, se deja en claro, que si el bien jurídico tutelado es el mismo que busca protección en dos ámbitos de punición, sólo cabe al Estado instaurar una sola imputación, pues el principio del *ne bis in idem* no permite que se pueda instaurar un doble proceso con el argumento de tener tipificaciones distintas en los ámbitos de punición, cuando lo que se trata es de proteger un único bien jurídico (identidad de fundamento).

También es bueno resaltar la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la señora Loayza, quien fue procesada por delito de Traición a la Patria en el Fuero Militar, habiendo sido absuelta por el Consejo Supremo de Justicia Militar al no haberse acreditado que había cometido dicho delito. En mérito a esta absolución, se dispuso que dicha persona debía pasar al fuero civil, porque existía elementos de juicio del delito de terrorismo. El Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común condenó a la señora Loayza a la pena de 20 años de pena privativa de libertad por delito de terrorismo. Una de las conclusiones, (numeral 77) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue, que al ser juzgada en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido

absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó la garantía judicial establecida en el artículo 8.4 de la Convención Americana, es decir el principio del *ne bis in idem*<sup>5</sup>.

Con esta sentencia, lo que se protege es la prohibición de doble sometimiento o doble persecución, lo que implica que el Estado tiene una sola oportunidad de instruir un procedimiento contra el sujeto que ha violado las normas de protección “del orden social”. Esta prohibición, es conocida en la jurisprudencia de EEUU como *double jeopardy clause*. En efecto, la jurisprudencia de Estados Unidos de Norteamérica, también ha sentado muchos precedentes en materia de aplicación del principio del *ne bis in idem* que incluso derivó que se incorpore a la 5ta. Enmienda de la Constitución política de éste país, una cláusula disponiendo que “*Nadie será sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que puede causarle la pérdida de la vida o de algún miembro*”.

Sin duda, podemos encontrar rica jurisprudencia sobre los alcances de aplicación del principio del *ne bis in idem*, pero el efecto que se busca con citar tanto las sentencias del TC peruano, como la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que debe quedar claro que el atributo de sanción del Estado es único, y por lo tanto éste tiene una sola ocasión para perseguir un delito.

#### **4. PREVALENCIA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

Hoy en día en el Perú existe un catálogo de tipos penales que tienen como base la complementariedad en normas administrativas (que pueden ser de tipo normativo conceptual, de accesoriedad de derecho y de accesoriedad de acto), al mismo tiempo, existe un catálogo de normas administrativas cuyas infracciones y sanciones tienen elementos normativos del injusto penal, y por lo tanto son reclamadas en el ámbito jurisdiccional. Tenemos por ejemplo, por citar algunos casos, el abuso de información privilegiada, en el ámbito del mercado de valores y no llevar libros y registros en el ámbito tributario, cuyas descripciones típicas tienen la misma estructura como delitos e infracciones administrativas.

Actualmente hay un gran desarrollo del concepto de administración pública, que ha derivado en la creación de diferentes organismos cuya función es hacer cumplir los lineamientos del gobierno, o en términos más amplios, las finalidades del Estado. Hay todo un desarrollo sistemático de un conjunto de normas y principios que convierten a la Administración en “*un sujeto de Derecho, un destinatario de normas; pero en cierto modo es también un órgano creador del Derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y jueces*”<sup>6</sup>. Siendo esto así, el principio del *ne bis in idem* cobra mayor vigencia, dentro de la estructura de una sociedad moderna, a fin de que la Administración no sea un medio del Estado para convertir actos administrativos en mecanismos coercitivos atentatorios contra los derechos humanos, por lo que, la tendencia es que debe buscarse reglas de compatibilidad entre la potestad sancionadora de la administración con la jurisdicción penal, y por ello mismo, “*la compatibilidad de la sanción administrativa con la penal*”<sup>7</sup>

Todo este razonamiento nos lleva a precisar que el principio del *ne bis in idem*, delimita mediante su accionar y prohíbe por tanto que “*se pueda instaurar un proceso, si ya se está juzgando en esos momentos, o si ya se ha juzgado*”<sup>8</sup>. El problema surge, cuando se tiene

---

<sup>5</sup> Esta sentencia fue dictada el 17 de septiembre de 1997. Puede verse el texto completo entrando a la página: <http://www.oas.org>.

<sup>6</sup> Derecho Administrativo – Ramón Parada. Editorial Marcial Pons, 1997.

<sup>7</sup> Ramón Parada, op. cit.

<sup>8</sup> El Proceso Penal en el Estado de Derecho, Diez estudios doctrinales. Palestra Editores, 1999, Lima, Perú.

que determinar la prevalencia del proceso (uno judicial y otro administrativo) donde existe identidad de sujeto, identidad de hecho y fundamento.

En doctrina se ha sostenido la primacía del derecho penal frente al derecho administrativo sancionador, a pesar de que hubo una tesis (modelo francés) donde se daba la posibilidad de que la administración plantee conflictos de competencia con la jurisdicción penal. Esta tesis tuvo sustento, en la medida en que se había experimentado un desarrollo “*competencial del derecho administrativo en todas las ramas o actividades del Estado*”<sup>9</sup>.

Sin embargo, la primacía de la jurisdicción penal ha primado a la fecha y se basa, no en meras consideraciones cronológicas sobre las relaciones entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, sino en la relación sustancial de los valores en conflicto, que exige la primacía del proceso penal esté o no en curso el procedimiento administrativo. Esta primacía se evidencia aún más cuando la administración trata de iniciar una investigación por un hecho que el Juez penal ha declarado el sobreseimiento por no haberse probado o porque es inexistente la infracción, en cuyo caso, la administración no podrá instaurar el procedimiento sancionador, regla que no funciona a la inversa, pues está claramente establecido que los hechos sancionables en sede administrativa no vinculan a la jurisdicción penal.

En ese sentido, no es admisible que la administración inicie investigación o procedimiento sancionador en aquellas situaciones en que los hechos puedan ser constitutivos de delito según catálogo del Código Penal; incluso el funcionario público, está obligado a poner en conocimiento la infracción penal ante la autoridad judicial competente, pues de lo contrario estaría siendo pasible del delito contra la administración de justicia (omisión de denuncia).

Pero esta tendencia, no siempre ha funcionado legislativamente, pues vamos a encontrar normas que sancionan determinadas conductas que también son reclamadas penalmente. El esquema que se utiliza está basado en que la sanción administrativa es “*independiente de la responsabilidad de naturaleza civil o penal que se derive de las infracciones*”. Esta especie de remisión que crea una primacía del derecho administrativo sobre lo penal la encontramos en un gran número de normas administrativas como por ejemplo en el artículo 347° de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861; artículo 39° de la Ley sobre Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716; artículo 240° de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo 823; artículo 173° de la Ley sobre Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822, y artículo 190° del Código Tributario, Decreto Legislativo 816, por lo que, se puede sostener que en el caso peruano, hay legislación que establece que es posible acumular sanción penal y administrativa, dando prioridad en materia de prelación al derecho penal administrativo.

Actualmente existen dos teorías contrapuestas con relación a este conflicto de procedimientos. Aquellos, que defienden la tesis de la “administrativización del Derecho penal” que sostienen, que la autoridad administrativa debe ser la que tome la iniciativa, por

---

<sup>9</sup> Ramón Parada, sostiene que las organizaciones burocráticas sirven de soporte a los poderes públicos distintos de las administraciones territoriales, como las Cortes de Justicia, el Parlamento, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, Ministerio Público, por lo que la vigencia de estas organizaciones está basada en la eficiencia y respuestas que dan a los problemas que enfrenta el Estado en sus fines políticos - económicos. Sobre ello, Juan Terradillos Basoco en la Conferencia pronunciada dentro del III Congreso Internacional de Derecho penal, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca (1998) sobre “*Técnicas de articulación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo frente a la delincuencia económica*” sostuvo que a pesar de la importancia reconocida a tales iniciativas, ningún sistema jurídico – positivo renuncia a la utilización de los medios de incentívación, planificación, control y sanción con que cuenta la Administración Pública, para dirigir y orientar, en positivo, los mecanismos propios del sistema de mercado, o para, en su caso sancionar los compartimientos infraccionales.

cuanto: i) los hechos se encuentran bajo su supervisión (competencia legal); ii) conocen mejor los aspectos técnicos y por tanto son especializados en las actividades materia de su competencia y iii) la administración responde con inmediatez y con eficacia, para restituir los efectos perversos producidos por los hechos violatorios de las normas administrativas.

Diríamos que esta posición se encuentra plenamente identificada y vigente en la Ley Penal Tributaria. En efecto, el artículo 7º de la mencionada Ley señala que el Ministerio Público, en los casos de delito tributario, podrá ejercitar la acción penal sólo a petición de parte agraviada, para ello se considera parte agraviada al Órgano Administrador de Tributo. De acuerdo a esta norma, la autoridad administrativa previamente efectúa un requerimiento e impone una sanción, para después “decidir” si los hechos sancionados merecen o no ser de conocimiento del Ministerio Público. La pregunta que surge es, si esta norma viola o no el principio de legalidad, el debido proceso y el principio del *ne bis in idem*, creemos que sí, pues bajo este esquema existe la posibilidad de la aplicación no sólo de dos sanciones, sino el sometimiento a un doble procedimiento, hay por tanto, un alto riesgo de doble persecución.

Pues bien, una segunda tesis es que la prevalencia debe ser del Ministerio Público. Al hacer una interpretación extensiva del principio contenido en la LPAG diremos que esta ley, si bien, no precisa con meridiana claridad la prohibición de ejercitar la acción en “otra vía”, sin embargo, señala que no se puede imponer “*sucesiva o simultáneamente*” una pena y una sanción administrativa, lo que nos indica que alguien tiene que dejar la posta al otro. Se asume entonces, que la autoridad administrativa es la que debería abstenerse del procedimiento administrativo, cuando se dan estos tres elementos a que se refiere el numeral 10 del artículo 230 de la LPAG, ello, en base al atributo que tiene el Ministerio Público, de ser el titular de la acción penal, persigue el delito y tiene la facultad de determinar si formaliza o no la denuncia penal. Usando este razonamiento, diremos que el problema de prelación estaría zanjado al darle al Ministerio Público la posibilidad de ejercitar la acción penal.

Hubo un intento de resolver este problema de prevalencia, a fin de dar solución a la aplicación del *ne bis in idem* procesal. Nos referimos a la Ley 27146 del 24 de junio de 1999, que modificó en parte la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo 845) hoy derogada por la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal.

El último párrafo de la Décima Disposición Complementaria de esta Ley 27146, dispone que en los casos que con motivo de haberse incurrido en cualquiera de las causales<sup>10</sup> y se hubiera impuesto sanción administrativa al infractor, no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos. Sin embargo, cuando a criterio de la Comisión la infracción observada reviste especial gravedad, ésta deberá inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Se refiere a las facultades de la Comisión de Reestructuración Patrimonial, hoy Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, para imponer sanciones en los casos de que se acreditara que el deudor, la personas que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador que, en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado o concurso preventivo, realizara las siguientes conductas: i) Ocultamiento de bienes, ii) Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas y iii) Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, que no se refieran al desarrollo normal de su actividad.

<sup>11</sup> Al haberse publicado la nueva Ley General del Sistema Concursal, se entiende que esta disposición complementaria de la Ley 27146 sigue vigente, a tenor de la Única Disposición Derogatoria de la Ley General del Sistema Concursal, que dispone que se deroga el Decreto Legislativo N° 845 y la Ley N° 27146 y sus normas modificatorias, con excepción de sus disposiciones complementarias, finales, modificatorias y transitorias que mantienen plena vigencia en todo lo que no se oponga a la presente Ley.

Puede decirse, interpretando esta Disposición Complementaria, 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.

Es en todo caso, una regulación imperfecta, pues lo lógico sería que fuera el Ministerio Público el que califique. Un escollo importante que se presenta y del cual se sustentan aquellos que dan preeminencia a la vía administrativa, es, sí los miembros del Ministerio Público se encuentran debidamente entrenados para manejar temas exclusivamente vinculados con los llamados delitos económicos. Creemos que esto se encuentra en relación directa con políticas de capacitación y con la creación de Fiscalías Especializadas en delitos económicos, lo que posibilitaría la búsqueda de criterios de unidad y coordinación en la aplicación de normas administrativas y penales que tienen la misma estructura de sanción (tipicidad y bien jurídico protegido).

## **5. PAUTAS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM***

De lo expresado anteriormente, se puede deducir que el derecho penal económico viene a ser un punto neurálgico entre la actividad del derecho administrativo sancionador y los órganos de administración de justicia. Este conflicto surge por requerimiento de dos ámbitos competenciales diferentes, que pueden generar una actitud de indefinición por parte del propio sistema de punibilidad del Estado (capacidad sancionadora) y de indefensión para el administrado, contra quien se encuentra latente la posibilidad de que se le puede aplicar una doble carga persecutoria.

Como un primer acercamiento a las posibles soluciones que pueden plantearse, creemos que debe buscarse formas de articulación penal-administrativa, teniendo en cuenta que muchas de las conductas penales encuentran su complemento en el derecho administrativo sancionador. Tenemos por ejemplo, los delitos tributarios, los de información privilegiada, las de protección al consumidor, la protección de los derechos de autor, delitos contra la propiedad industrial, todos estos delitos, conocidos en doctrina como delitos especiales, tienen su complemento en la legislación administrativa. Esta estrecha relación siempre genera colisiones que son eminentemente de carácter práctico, es decir, lo que debe hacerse es admitir oportunamente, cuando un sujeto es pasible de una sanción penal o administrativa.

Como segundo tema, debe buscarse criterios de coordinación y coherente distribución de los campos de protección que corresponde a cada parcela sancionadora, para ello se necesita contar con instrumentos legales especializados, capaces de dar respuestas rápidas y acordes con la sociedad actual, que amplíen el radio de acción de la sanción penal<sup>12</sup>. Debe comprenderse, que el estado necesita legislar, necesita estar a la misma altura que el desarrollo de la tecnología moderna o tener respuestas cada vez más adecuadas ante una sociedad colectiva donde se ha incrementado riesgo, como por ejemplo el control de redes de información, protección del medio ambiente, el problema de la información privilegiada, etc.

---

<sup>12</sup> Sobre las causas de una expansión del derecho penal., Jesús María Silva Sánchez, en su monografía “La Expansión del Derecho Penal - Aspectos de Política criminal en las sociedades postindustriales” Editorial Civitas Ediciones, Segunda Edición, 2001, sostiene que han surgido “*nuevos intereses*” de protección del Derecho Penal, producto de la formación de nuevas realidades que antes no existían o el deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como “*bienes escasos*”, atribuyéndolos ahora un valor que antes no lo tenían, por ejemplo el medio ambiente. Estos nuevos intereses son conocidos en doctrina como bienes colectivos.

Otro punto relevante es la posibilidad de poder construir un mecanismo de coordinación en la actuación de todos los órganos sancionadores, a fin de que la aplicación del principio, en sus términos actuales no pueda causar un efecto perverso o pernicioso desde todos los puntos de vista. Por ejemplo, debe existir comunicación entre el órgano judicial y el administrativo, para que en los casos donde no existe relevancia penal, se pueda decidir si debe iniciarse o continuar el expediente sancionador administrativo.

Pues bien, de los tres elementos que contiene este principio, pasemos a analizar dos de ellos que vendrían a ser los que podrían generar conflictos y que su no delimitación podría violar el principio del *ne bis in idem*.

#### **a. Identidad de sujeto**

Uno de los problemas que es identificable y que puede producirse por la aplicación de este principio, está relacionado con la aplicación de sanciones en ambas parcelas (penal y administrativa) cuando se trata de personas jurídicas. En el Derecho penal general, como sabemos no es imputable la comisión de delitos a la persona jurídica, (principio del *societas delinquere non potest*). El Código Penal señala, -aunque en doctrina ya es un tema que viene siendo superado-, que el representante legal de la empresa, es el responsable y por tanto pasible de una sanción penal, así lo elementos especiales que fundamentan la penalidad no concurren en él sino en la persona jurídica (artículo 27° del mencionado Código).

Es el caso mencionar, que el Código Penal ha tratado de sancionar “indirectamente” a la persona jurídica utilizando para estos efectos, las llamadas consecuencias accesorias, cuya descripción se encuentra en el artículo 105° -De la Reparación Civil y Consecuencias Accesorias- del referido Código. Algunos, sostienen que es una verdadera regla que expresa penas y medidas de seguridad, mientras que otros, sostienen que estas “medidas” realmente son un híbrido de responsabilidad e irresponsabilidad de la persona jurídica que el legislador ha incorporado en el Código Penal peruano, tomando como modelo la propuesta del Anteproyecto del Código Penal español del año 1983.

Puede darse el caso que el elemento material del tipo penal está en la persona jurídica o en ambos, tanto persona jurídica como sus representantes. En estos casos, para el Código Penal peruano el tema estaría zanjado, se sanciona a la persona natural y no se genera castigo alguno a la persona jurídica (no hay un caso, que se sepa, mediante el cual el Poder Judicial haya aplicado la sanción indirecta a la persona jurídica, salvo que ahora se aplique a los canales de televisión que utilizaron sus infraestructuras para favorecer una tercera reelección de Alberto Fujimori, a cambio de dinero). Pero, qué pasa si el mismo hecho es también reclamado por el órgano administrativo sancionador. En este caso, podría suceder lo siguiente:

- i) La administración, en aplicación del principio del *ne bis in idem*, se inhiba completamente del caso y remita los actuados al Ministerio Público; o,
- ii) El órgano administrativo sancione a la persona jurídica y remita los actuado al Ministerio Público para la investigación y sanción al representante de la persona jurídica. En este caso, no se podría alegar doble persecución, pues son personas distintas.

Como nada está definido en este tema, puede en esta clase de situaciones buscarse una salida, mediante la cual se sancione en sede administrativa a la persona jurídica y se remita los actuados al Ministerio Público para la investigación del o los responsables que en nombre de la persona jurídica han cometido una infracción penal.

## **b. Identidad de fundamento**

Otro problema que surge de la aplicación de este principio es el fundamento de la sanción. Un análisis simple del tema, nos dirá que no hay un fundamento igual entre la imputación de un tipo penal con un tipo administrativo. Claro está que no habrá identidad en su sentido literal (reproducción exacta en el catálogo penal y administrativo de la falta), sin embargo, sólo como ejemplo –ya se ha mencionado anteriormente- tanto en materia tributaria, como en el mercado de valores, existen tipos jurídicamente iguales, que pueden ser reclamados por el Derecho penal como por el Derecho sancionador administrativo.

Tenemos por ejemplo, el uso de información privilegiada. El numeral 1.11 del Anexo I del Reglamento de Sanciones (aprobado mediante Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10 del 24.10.2001 que regula las infracciones en el mercado de valores), como el artículo 251-A del Código Penal, tienen la misma estructura jurídica, incluso el Reglamento de Sanciones habla de “*uso indebido*” mientras que el Código Penal habla de “*uso de información privilegiada*”.

De acuerdo a la doctrina como a la jurisprudencia, la fórmula para encontrar la solución a este problema, debe buscarse en el bien jurídico que se pretende proteger tanto por el tipo penal administrativo como el penal. Un claro ejemplo, es la sentencia del TC N° 008-001-HC/TC del 19 de enero de 2001, derivada de un habeas corpus contra el Consejo Supremo de Justicia Militar. Como se ha señalado, en este caso el TC consideró que “*la afectación de bienes jurídicos por los cuales se les juzgó en dichas sedes, son enteramente semejantes...*”, independiente, claro está de la descripción literal del tipo penal.

Por ejemplo, en el tema de información privilegiada, a mi entender, el bien jurídico que tutela ambos tipos: tanto el penal como el administrativo, es el correcto funcionamiento del mercado de valores; es un bien jurídico único, por lo tanto en este clase de infracciones estaríamos ante la disyuntiva por cual de estas vías debe optar la administración. Si se aplica el principio del *ne bis in idem*, tal como debe suceder, en mi opinión debe remitirse los actuados al Ministerio Público para la formalización de la denuncia ante el Poder Judicial y por tanto la administración debe inhibirse del caso. En la legislación española, se ha solucionado este problema con la fijación de una cuantía (condición objetiva de punibilidad), que permite determinar cuándo la infracción es investigada en sede administrativa y cuándo en el Poder Judicial, cuantía que no ha fijado nuestra legislación nacional.

## **6. CONCLUSIONES**

Descritas las posibilidades de utilización del principio del *ne bis in idem*, en las amplias esferas de protección de la persona frente al atributo sancionador del Estado, tratemos de encontrar vías apropiadas para una correcta aplicación de esta facultad de sanción, para ello, tomaremos las pautas señaladas por Francisco Javier de León Villalba.

- En los casos donde hay una sentencia condenatoria, quedaría prohibida la posibilidad de sancionar, por el mismo hecho, mismo sujeto y mismo fundamento en la vía administrativa.
- En el caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento, la administración estaría habilitada para iniciar o continuar el procedimiento sancionador, siempre que se sustente en base a aquellas actuaciones judiciales consideradas como probadas. La explicación consiste, en que debe salvaguardarse el normal funcionamiento del orden administrativo, en la medida que éste debe cumplir con sus fines, de servir “*...a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados*”. (Artículo III del Título Preliminar de la LPAG).

- No se reabrirá el procedimiento administrativo sancionador en los casos en que el órgano judicial ha declarado la inexistencia del hecho que motivó la actuación jurisdiccional o quede demostrada la no participación del sujeto en el hecho incriminado tanto administrativa como judicialmente. En estos casos, se debe aceptar una tácita cesión de facultades por parte de la administración al fuero jurisdiccional.

De acuerdo a todo lo expresado, se puede decir que la tesis de prevalencia de juzgamiento de la vía penal sobre el procedimiento administrativo sancionador, es la que tiene mayor aceptación. Existe pues, límites de la potestad sancionadora de la Administración, que en muchos casos estarán sujetas a los pronunciamientos jurisdiccionales, por lo que, de haber contradicción entre una actuación de los tribunales y una actuación administrativa, debe prevalecer la primera.

En ese sentido, existe un largo camino que recorrer en cuanto a la eficiente aplicación del principio del *ne bis in idem* procesal, que pasa por aceptar de parte de la administración que no puede “instruir un procedimiento” que además de constituir infracción administrativa tiene relevancia penal. Asimismo, debe buscarse mecanismos de coordinación entre los operadores judiciales y administrativos a fin de que se pueda afianzar este principio en el sistema punitivo peruano. Por último, no debe pensarse que la vigencia del principio del *ne bis in idem* constituye una traba a la rápida respuesta de la administración ante una conducta violatoria de una norma prohibitiva, sino que esta vigencia debe entenderse como una garantía de cumplimiento de los principios del procedimiento administrativo.

Lima, 09 de octubre de 2002  
Abogado  
Maestría en Derecho de la Empresa  
Pontificia Universidad Católica del Perú