

INTERDICCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE

PROHIBITION OF MULTIPLE CRIMINAL PERSECUTION (DOUBLE JEOPARDY)

James Reátegui Sánchez¹

Doctor por la Universidad de Buenos Aires (Argentina)

RESUMEN: ningún procesado o imputado puede ser investigado dos veces, ya sea simultánea o sucesivamente, por un mismo hecho, por dos Juzgados o Fiscalías distintas; se trata de una garantía constitucional del imputado dentro de un proceso penal.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; garantía procesal penal; carga doble.

ABSTRACT: *No accused person or defendant can be investigated twice, either simultaneously or in succession, by a same fact by two courts or different public attorneys; that is a constitutional guarantee of the defendant in criminal proceedings.*

KEYWORDS: *fundamental rights; criminal procedure guarantee; double jeopardy.*

SUMARIO: 1 Consideraciones previas; 2 Denominación y fundamentos; 3 Naturaleza jurídica del *ne bis in idem*; 4 El *ne bis in idem* como garantía constitucional y su proyección en el sistema penal; 5 Las clasificaciones de la garantía del *ne bis in idem* en sentido material y procesal; 6 Los criterios para establecer la prohibición de la persecución múltiple.

SUMMARY: *1 Preliminary considerations; 2 Terminology and foundations; 3 Legal nature of the ne bis in idem; 4 The ne bis in idem as a constitutional guarantee and its projection in the criminal justice system; 5 The ne bis in idem guarantee and its classifications in procedural and material sense; 6 The criteria for establishing the prohibition of double jeopardy.*

1 CONSIDERACIONES PREVIAS

El tratamiento jurídico-procesal de la prohibición de la múltiple persecución penal, o simple *ne bis in idem* no sólo se encuentra como principio rector en el actual Código Procesal Penal del 2004 (artículo

¹ Ex Juez Especializado en lo Penal de Huancayo (Perú).

III, Título Preliminar), sino que también se encuentra regulado, no como principio en el Título Preliminar, sino como uno de los articulados dentro de la normativa de la Parte General de nuestro Código penal, de la misma manera el *ne bis in idem* se encuentra regula dentro de la normativa en la Ley General de Procedimientos Administrativos. Así, el artículo 90 del actual Código penal peruano que señala textualmente lo siguiente: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. Este artículo tiene que ser necesariamente interpretado a partir del artículo 78 del mismo Código penal que estatuye que la acción penal se extingue (inciso 2): “Por autoridad de cosa juzgada”. Y es aquí donde empieza, a mi entender, la confusión entre los institutos del *ne bis in idem* y la autoridad de la “cosa juzgada”.

Según como hemos dicho el *ne bis in idem* en el Código penal se encuentran ubicados en el rubro correspondiente a la “extinción de la acción penal y de la pena”² (Título V) del Código Penal, con lo cual nos da a entender el codificador patrio que una vez verificado una segunda persecución penal sobre una misma persona y hecho punible se extinguirá automáticamente la acción penal y la correspondiente sanción. En otras palabras, si bien las causas eximentes y atenuantes previstas en el artículo 20 del Código penal impiden el nacimiento de la responsabilidad penal, por el contrario las causas como el indulto, la muerte del imputado, la prescripción, la cosa juzgada etc., *extinguen* la responsabilidad penal. Cuando media una excusa, el sujeto no fue nunca punible, cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto *pudo ser punible*³. Así, al momento de la calificación de la denuncia fiscal uno de los requisitos para la iniciación de la instrucción judicial, según el Código procedimientos penales (artículo 77, modificado por Ley 28117), es que “...no concurra otra causa de extinción de la acción penal”. En consecuencia, la extinción no

² El tratamiento jurídico-penal de las causas que extinguen la acción penal, podría parecer ya sobrado el estudio de las causas que extinguen la pena, a raíz de que desaparecida la acción penal no se llegará nunca a una condena penal, cuanto porque, por ejemplo, la muerte de imputado, amnistía están tratadas tanto en uno como en otro (artículos 78 y 85 del Código Penal respectivamente). Sin embargo, a mi entender, son supuestos distintos: las causas extintivas de la acción penal no permiten llegar a una sentencia condenatoria. La extinción de la pena, en cambio, tiene como presupuesto una sentencia condenatoria firme. Además, las diferencias resultan claras cuando se comparan las prescripciones de la acción penal y de la pena. En la primera comenzará a correr dependiendo de la clase de realización típica cometida: tentativa, delito instantáneo o continuado, etc. (artículo 82 del Código Penal), en cambio, en la ejecución penal, la prescripción comenzará a regir desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme (artículo del 86 Código Penal).

³ Véase: SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo II, (actualizado por Guillermo Fierro) Buenos Aires, 1992, p. 537.

solamente afecta a la acción penal como potestad de hacer juzgar, sino también a la potestad de hacer ejecutar un pronunciamiento judicial dado.

Pero en nuestro derecho positivo, no solamente se contenta con la mención expresa que la autoridad de cosa juzgada constituye uno de las causas extintivas de la acción penal y de la pena, sino que prefiere referirse, además, a uno de sus efectos más relevantes como es la garantía de la *única persecución procesal o condenación penal*. Sus enunciados más comunes son los siguientes: *bis de adem re ne set actio* (no hay dos veces acción acerca del mismo objeto) y *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo).

Las reformas acontecidas últimamente en los dos Códigos más importantes del sistema penal peruano tiene como objetivo “re”ubicar al *ne bis in idem* no simplemente como una causal de extinción de la responsabilidad penal, sino elevarlo a la categoría de principio y garantía en materia criminal: así, por un lado, el Anteproyecto de Parte General del Código penal, elaborado por la Comisión Especial Revisora (2004) consagra – como no podía ser de otra forma – al *ne bis in idem* como uno de los principios y garantías básicas del Derecho penal material, incorporándolo expresamente en el Título Preliminar (artículo IX), y guarda absoluto silencio – a mi atender correctamente – sobre el principio en estudio en la parte correspondiente a la extinción de la acción penal y de la pena (Título V), no obstante, que en el artículo 80 inciso 2, menciona que una de las causales de extinción de la acción penal puede ser por la autoridad de cosa juzgada.

Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal de Julio del 2004 lo consagra también en el Título Preliminar (artículo III). Sin embargo, también habrá que destacar que en el Derecho positivo peruano desde antes ya existían algunas normas expresas que consagraban el principio del *ne bis in idem* en su versión clásica de cosa juzgada. Así se puede citar el caso del Código de Justicia Militar de 1980, (artículo 57) que dispone lo siguiente: “*Ninguna persona puede ser nuevamente juzgada por razón de delito respecto del cual se haya expedido sentencia ejecutoriada*”.

2 DENOMINACIÓN Y FUNDAMENTOS

El aforismo romano-canónico *ne bis in idem* o *non bis in idem* (= *bis de eadem re ne sit actio*), parece ser uno de los más antiguos en la historia del Derecho, habiéndose presentado desde las primeras apariciones en el Derecho imperial, en lo sustancial con un significado similar al que tiene actualmente. Esta regla

aparece de un modo u otro desde la *cognitio extra ordinem* romana en adelante⁴. Este aforismo resulta ser una derivación de la máxima *res judicata pro veritate habetur*, y la regla tiene una vigencia universal, ya sea con distintos alcances – sustantivo o procesal – y aplicaciones. En cuanto a la denominación del *ne bis in idem* resulta de especial interés sobre todo la partícula inicial “*ne*” o “*non*”. Entiendo correcta la expresión *ne*, pues el adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit*: “no vino”). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. *ne eas*: “no vayas”), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (así, en materia procesal penal, *ne procedat iudex ex officio*, *ne est iudex ultra petita*, etcétera)⁵.

También uno de los orígenes del principio *ne bis in idem* proviene de la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que dispone lo siguiente: “*Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro*”. Por ejemplo, en España, el reconocimiento constitucional del *ne bis in idem* vino de la mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 1981⁶.

El poliédrico aforismo latino *non bis in idem* o *ne bis in idem*, traducible literalmente como “no dos veces en lo mismo”, se entiende generalmente como la interdicción de la doble sanción sobre la *troika* de identidades de sujeto, hecho y fundamento. El aforismo *ne bis in idem* nace como una regla de lógica discursiva, que debe trasladarse al ámbito jurídico como instrumento de solución a la constante tensión entre la seguridad formal y la justicia material. La vaguedad

⁴ Véase, HENDLER, Edmundo, “Una regla que confirma sus excepciones: *ne bis in idem*”, en: Hendler, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, 2001, p. 131 quien sostiene que “Es indudable asimismo el significado político que asumió en el devenir histórico de la cultura occidental al establecerse como restricción al derecho de perseguir o de imponer castigos, derecho éste que fue apropiado y convertido en prerrogativa de la autoridad centralizada de los reyes a medida que fueron forjándose los grandes estados nacionales. Ese significado tuvo clara expresión con las proclamas de derechos a fines del siglo XVIII, y su consolidación, ya con perspectivas de vigencia supranacional, tuvo lugar en época relativamente reciente, con los tratados internacionales de la comunidad europea y la organización interamericana celebrados en la segunda mitad del siglo XX”.

⁵ BERTELOTTI, Mariano; “El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada”, en: Hendler, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, 2001, p. 106. En este sentido, también: MAIER, Julio; “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)”, en: *Doctrina Penal*, 1986, n° 33 a 36, Buenos Aires, p. 415, cita 1 sostiene que “Es correcto el adverbio negativo bajo la forma *re*, pues él se usa en textos imperativos o jurídicos”.

⁶ Así, GARCIA ALBERO, Ramón; “*Non bis in idem*”. *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, p., 53.

del tenor de la fórmula en estudio, deja sin especificar tanto el contenido del supuesto de hecho – *idem* –, cuanto la consecuencia que se pretende evitar – *bis* –. En realidad el *ne bis in idem* debería ser considerado como un principio general del Derecho. La idea fundamental del principio de la prohibición de la múltiple persecución penal es que el ejercicio del poder penal del Estado en un determinado caso concreto se puede procurar sólo *una vez*, pues los casos que ya fueron juzgados existe una presunción de la verdad histórica “encontrada” en un proceso penal, lo cual impide “reabrirse”.

Además, no debe permitirse que el Estado, con todos sus recursos materiales y económicos que posee, haga repetidos intentos para condenar a una persona por un hecho delictivo, sometiéndolo así a contrariedades, gastos y sufrimientos y obligándolo a soportar en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. No parece razonable hacer pesar sobre la persona las negligencias o actividades delictivas de los funcionarios y funcionarias puestos por el Estado para velar por sus intereses. En este punto, Gómez Colomer sostiene que “...hay que tener en cuenta el principio de prohibición de la duplicidad de sanciones: al igual que en Alemania (art. 103, apartado 3 de la *Grundgesets*), aunque sin reconocimiento constitucional expreso en España, no se puede volver a enjuiciar un hecho punible, si ya se está juzgando en esos momentos o si ya ha sido juzgado, en virtud de la llamada litispendencia, en el primer caso, y de la cosa juzgada, en el segundo. En el Perú se reconoce expresamente en el artículo 139 inciso 13 de la Const. Perú, cuyo fundamento internacional se encuentra en los arts. 14.7 PIDCP y 8.4 CADH/PSJ”⁷.

El principio del *ne bis in idem* se conecta con el Derecho a la pronta definición y conclusión del proceso y también con la prohibición de la *reformatio in peius*, sobre todo cuando el artículo 300 (modificado por la Ley 27424, párrafo segundo) del Código de procedimientos penales estatuye: “*Las penas de los sentenciados que no hayan sido objeto de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable*”. Esto es, que resulta imposible de revisar una sentencia en contra del imputado, sólo se permite la revisión de una sentencia firme si tiene como objetivo ser a favor de aquél. En este punto, por ejemplo, la Exposición de Motivos (del título preliminar) del Anteproyecto de Parte General del Código penal expresa que “Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero

⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; “*Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano*”, disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/04/A-3-GOMEZ%20COLOMER.pdf>.

para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución”. Asimismo, el Código Procesal Penal del Paraguay (artículo 8, segundo párrafo) es claro cuando señala que: “No se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias a favor del condenado, según las reglas previstas por este Código”.

La vigencia del *ne bis in idem* puede hacerse mediante el medio técnico de defensa, como es la excepción de cosa juzgada. Así, el todavía vigente Código de procedimientos penales de 1940 (artículo 5, párrafo cuarto) estipula que: “La Excepción de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona”. El nuevo Código procesal penal (Decreto Legislativo 957) lo estipula, casi en los mismos términos, en el artículo 6 numeral 1, letra “c” que una de las excepciones que pueden deducirse es de “Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona”. La excepción puede invocarlo de oficio el propio juez de la causa (artículo 5, párrafo séptimo del Código de Procedimientos Penales), por tratarse de una regla de garantía constitucional a favor del imputado. La consecuencia más importante es que si se declara fundada la excepción mencionada se dará por fenecido el proceso penal y se mandará archivar definitivamente la causa. Además, no es convalidable por el transcurso del tiempo, ni por falta de voluntad – tácita o expresa – del beneficiario – imputado o condenado – para invocarlo. Debe dejarse aclarado que el principio del *ne bis in idem* tiene un efecto estrictamente “personal”, pues carece de efecto “extensivo” como el que tiene los recursos; así por ejemplo, si un partícipe hubiera declarado que el hecho no existió, ésta situación no podrá ser alegada por el otro copartícipe al que se le persigue por el mismo hecho, pero cuya situación no fue definida en la primera y anterior decisión judicial.

A mi juicio, el artículo 90 del Código penal tiene incidencia en aspectos que vinculan con el Derecho procesal penal, en la medida que la persecución penal implica poner en operatividad todo el sistema organizativo penal (v. gr. policías, fiscales y jueces). Claro está, que “poner en marcha” el procedimiento penal implica también tener indicios razonables de la comisión de un hecho punible, o sea, que el comportamiento imputado al menos sea típico, lo cual nos lleva inevitablemente al campo del Derecho penal material. Cuestiones como “perseguido” y “fallar definitivamente”, que son aspectos netamente procesales tendrán que engarzarse en función al concepto de “hecho punible” – cometido

por segunda vez – que es un aspecto del Derecho penal sustantivo. Sin embargo, como es sabido, es una constante que en la mayoría de Códigos penales sustantivos se encuentran regulaciones adjetivas y en los Códigos penales procesales sucede lo mismo con las regulaciones sustantivas.

La vigencia del principio del *ne bis in idem* supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.

Si bien el principio del *ne bis in idem* no representa mayores problemas aplicativos en el ámbito interno, lo mismo no se puede decir en el ámbito externo, es decir, con relación a otros países. Por lo general, en las distintas legislaciones europeas la regla del *ne bis in idem* sólo rige en el ámbito de la legislación interna, sin proyección externa, existiendo la posibilidad de repetir el juicio, aún cuando se haya producido ya una condena en otro país por el mismo hecho; esta condena ya sufrida sólo se tomaría en cuanto a los efectos de su contabilización en la medida de la pena a imponer⁸. En este punto, se pronuncia el parágrafo 51 del StGB alemán, parágrafo 66 del StGB austríaco, artículo 138 del Código penal italiano, y el artículo 31 del Código penal suizo.

3 NATURALEZA JURÍDICA DEL *NE BIS IN IDEM*

Existen varias posturas con relación a la naturaleza jurídica del principio de la prohibición de la múltiple persecución penal. Estas pueden agruparse del siguiente modo:

3.1 COMO DESPRENDIMIENTO DE LA INVIOLABILIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA

Para algunos autores el *ne bis in idem* se trataría de una derivación de la inviolabilidad del Derecho de defensa⁹; esta postura es compatible con el

⁸ JAEN VALLEJO, Manuel; “Principio constitucional “*ne bis in idem*” (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)”, disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/JaenVallejo2.pdf.

⁹ Véase por todos: CARRIÓ, Alejandro D.; *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p. 441

ejercicio de los medios de defensa técnico que dispone el imputado, como es la excepción de cosa juzgada. En otras palabras, el *ne bis in idem* material y procesal y el derecho irrestricto a la defensa técnica y material forman parte de una misma naturaleza jurídica.

3.2 COMO DESPRENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para otros el principio del *ne bis in idem* se consideraría como un desprendimiento del principio de legalidad¹⁰ (garantía criminal y penal). Así, la jurisprudencia constitucional española señaló que “...procede recordar la jurisprudencia de este Tribunal sobre el principio *ne bis in idem* que, desde la STC 2/1981, ha sido considerado como parte integrante del derecho fundamental al *principio de legalidad* en materia penal y sancionadora (artículo 25 inciso 1 Constitución española). En el fundamento jurídico 4º de aquella Sentencia, se declaró que “El principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal – en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. – que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...”. En otras palabras, el *ne bis in idem* como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (*nullun crimen nulla poena sine lege*), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.

3.3 COMO DESPRENDIMIENTO DE UN DERECHO GENÉRICO

Para un tercer grupo el principio del *ne bis in idem* se trata más bien de un principio de alguna manera diferente al derecho a defensa, al juez natural, a la irretroactividad de la ley procesal penal, de la presunción de inocencia, entre otros, que se refieren a aspectos de la organización que debe regir a todo proceso penal. En cambio, el principio bajo comentario – dice Binder – se “refiere

¹⁰ Véase: BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Lecciones de Derecho penal*, volumen I, Madrid, 1997, p. 85

a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa – la intervención del aparato estatal en procura de una condena – solo se puede poner en marcha una vez. Como hemos dicho insistentemente, el poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho”¹¹.

3.4 COMO DESPRENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Existe una cuarta y última postura donde el principio *ne bis in ídem* sería parte integrante del principio del debido proceso. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente n° 3194-2004-HC/TC de fecha 28 de diciembre de 2004, en el caso “Nicanor Carreño Castillo” ha dicho en el considerando tercero lo siguiente: “En la STC 3312-2004-AA/TC, se recordó que este Tribunal tiene declarado que el derecho al debido proceso, dentro del cual se halla el de no ser juzgado dos o más veces por un mismo hecho, “también se titulariza en el seno de un procedimiento disciplinario realizado ante una persona jurídica de derecho privado [STC 0067-1993-AA/TC]. Y es que, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien el derecho al debido proceso se encuentra en el Título relativo a la función jurisdiccional, “[...] su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto [...] que pueda afectar sus derechos”. (párrafo 69).

Esta misma Sentencia del Tribunal Constitucional, en el considerando quinto, se señala lo siguiente: “El principio *ne bis in ídem* fluye del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), pero es a partir del derecho a la certeza judicial y de los instrumentos internacionales cuando asume su verdadero sentido en el ámbito jurisdiccional”. El debido proceso está ubicado dentro de las garantías procesales de carácter genéricas. El debido proceso es una cláusula general y residual o subsidiaria; por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria – orgánica y procesal –, en cuanto ellas sean concordantes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial penal o cuyo incumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad – equitativa y justa- del procedimiento. Así, el “...principio *non bis in ídem*,... y no expreso en la Constitución – aunque sí

¹¹ BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1999, p. 167

en las leyes procesales más importantes del Derecho peruano – forma parte del debido proceso”¹².

4 EL NE BIS IN IDEM COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA PENAL

Los principios y garantías que en su mayoría están receptados en la Constitución Política, existen como una condición de seguridad limitadora de la autoridad, la que como poder se legitima en su ejercicio dentro de¹³ los parámetros constitucionales. La garantía, como delimitación principal, se los piensa y define como medios de seguridad y defensa frente al Estado o contra el Estado, lo que significa que es el Estado el que tiene que proveer las garantías a favor del hombre, y el hombre quien tiene que hacerlos valer frente al Estado¹⁴. Ahora bien, las garantías constitucionales pueden ser de naturaleza específica y genérica¹⁵. Son genéricas aquellas por cuyo intermedio pueden ser tutelados todas las libertades constitucionales, como por ejemplo la garantía del debido proceso. Son garantías específicas aquellas que se aplican con referencia a una libertad en particular, como sucede por ejemplo con la inviolabilidad del domicilio.

El proceso penal necesita inexorablemente de las garantías y principios constitucionales para que le sirva como límite al poder penal del Estado, para que pueda procurar un juicio “limpio” al imputado. Por eso Maier ha dicho

¹² RUBIO CORREA, Marcial; *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, 2005, 2005, p. 326. En ese sentido, SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Lima, 2003, p. 86 dice con relación al debido proceso que: “*En líneas generales, el citado derecho es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la ley fundamental*” (las negritas son mías)

¹³ Desde una perspectiva del realismo marginal, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1998, p. 243 entiende por garantías penales “...el compromiso de las agencias judiciales penales para ejercer su poder en forma que decida cada caso conforme a la regla de “violación mínima / realización máxima” de los principios que sirven para limitar la irracionalidad (violencia) del ejercicio de poder del sistema penal, configurando de este modo un “standard” – provisional, por progresivo y “abierto” o “inacabado” – de máxima irracionalidad (violencia) tolerada (por falta de poder de la agencia judicial para imponer uno menor)”. (Las cursivas son del original).

¹⁴ HERRENDORF, Daniel / BIDART CAMPOS, Germán; *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, p. 215.

¹⁵ En esto seguidos a BADENI, Gregorio; *Instituciones de Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1997, p. 639 según este autor “La manifestación de una garantía constitucional presupone tres elementos: 1) un interés legítimo asegurado por la Constitución resultante de un derecho individual, un derecho social o del sistema institucional; 2) ud riesgo o daño para el interés tutelado por la Ley Fundamental; 3) un instrumento jurídico idóneo para disipar ese riesgo o daño”.

que es “por ello que se piensa que el Derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales *Derecho constitucional reformulado o Derecho constitucional reglamentado*”¹⁶. La Constitución adopta pues un programa penal, es decir, un conjunto de postulados y principios jurídico-jurídicos y de índole político-criminales que constituye el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones. Y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que aplican¹⁷. De lo que se trata, en definitiva, es que el candidato del sistema penal sea respetado en sus garantías ya que éstas valen para todas las personas, pobres y ricos, funcionarios y no funcionarios, culpables e inocentes. Por tal motivo, el Derecho penal debe proporcionar las garantías al delincuente trayendo a colación una conocida frase de Franz von Liszt: “*El Derecho Penal es la Carta Magna del delincuente*”, o mejor dicho “*El Derecho Penal es la Carta Magna del ciudadano*”.

El profesor Roxin ha dicho que el “Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de método y medios

¹⁶ MAIER, Julio B.J.; *Derecho procesal penal argentino, 1 a, Fundamentos*, Buenos Aires, 1989, p. 195 (Las cursivas son del texto original). LEVENE, Ricardo (h); *Manual de Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires, 1993, p. 9 sostiene que “En efecto, el proceso penal prolonga el derecho constitucional, dando vida y haciendo efectivos sus preceptos en cuanto representan una garantía de la libertad y afirman la personalidad humana”. ROXIN, Claus; *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 10 “...resulta sintomático para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡El Derecho procesal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal”. Por otro lado, de manera crítica y en el marco de un proceso general: MORELLO, Augusto M.; “*El proceso como realidad social (los condicionamientos del proceso judicial justo)*”, en: La Ley, 1992-E, Buenos Aires, p. 1097 sostiene que “De lo que trata- nos parece - es de reformular la manera organizar la “empresa” de la justicia - que siempre se ha encarado desde un exclusivo matiz de técnica formal - lo que reputamos erróneo y parcial porque no permite alcanzar un deseado sinceramiento en la comprensión del debido proceso justo, que no tolera ya el infértil y simplificador paradigma que lo reduce al constante empeño de “idealizarlo” en las normas constitucionales. En verdad nos consta de modo más fehaciente que sus prédicas rectoras, desde el *afianzar la justicia* (Preámbulo) para muchos - una gran mayoría - son inaccesibles o prácticamente imposible de hacerlos mediatamente ciertos en el *derecho vivido*”.

¹⁷ CARO CORIA, Dino Carlos; *Problemas de interpretación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en: Vox Juris, Universidad Particular San Martín de Porres, n° 10, Lima, 1999, p. 215. SAN MARTÍN CASTRO, César; “*Principios probatorios en el Derecho penal sexual peruano*”, en: Vox Juris, Universidad Particular San Martín de Porres, n° 10, Lima, 1999, p. 242 “Las disposiciones constitucionales y del Derecho Internacional de los derechos humanos obligan a una interpretación integrativa de dichas normas infraconstitucionales con los que fluyen directamente del ordenamiento constitucional”.

adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”¹⁸. Por ello el Estado de Derecho persigue una finalidad básica, cual es la de limitar las funciones y facultades del Estado a través de marcos jurídicos situados por encima del mismo. Este principio se expresa a través del imperio de la ley. El principio de legalidad en su formulación latina acuñada por Feuerbach *nullum crimen, nulla poena sine praevia*, se constituye en las conquistas centrales de la revolución francesa y queda plasmada en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y se erige, como señala Mezger, en un “Palladium de la libertad ciudadana”.

Hoy por hoy resulta relevante destacar que no está en discusión sobre la vinculación de la ley penal con los grandes principios superiores - entre ellos el principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, *ultima ratio*, y también el denominado *ne bis in idem* - pues esto ha dejado de ser una mera opción metodológica libre del legislador o del intérprete de la ley¹⁹. Como puede observarse el principio del *ne bis in idem* para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se trata de una garantía constitucional (deducido específicamente del artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Perú), no obstante que se trata en mayor medida de uno de los principios informadores del Derecho penal material y procesal. Por otro lado, en el Derecho argentino, si bien la garantía en comentario no figura dentro de las enumeradas expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional, ha sido tradicionalmente aceptado como una de las garantías no enumeradas.

En ese sentido en la legislación infraconstitucional tenemos el Código procesal penal de la Nación de 1992 (Ley 23.984) que en su artículo primero señala: “Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado

¹⁸ ROXIN, Claus; *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de Luzón Peña/Díaz y García Condello/De Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 13. En sentido crítico: BOVINO, Alberto; “*Contra la legalidad*”, en: No hay Derecho, n° 8, Diciembre, Buenos Aires, 2002, p. 21 pues indica que el mayor fracaso del principio de legalidad es que “...el derecho penal se ha revelado como el más desigual y arbitrario de los métodos de control social. Si hay alguien sostuviera que el principio de legalidad puede lograr los resultados que ofrecía la promesa de Beccaria, ya no estaría haciendo una promesa, sino lisa y llanamente formulando una mentira”.

¹⁹ Así, YACOBUCCI, Guillermo Jorge; “*La importancia de los principios jurídicos en los sistemas penales contemporáneos*”, en: Jaén Vallejo, Manuel (director) y Reyna Alfaro, Luis M. (Coordinador), *Sistemas Penales Iberoamericanos*, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Lima, 2003, p. 134.

sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni condenado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, *ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*". Por parte, la Constitución de los Estados Unidos de América, en la Enmienda V de 1791, de lo que vulgarmente se denomina "double jeopardy", consagra que: "*ninguna persona estará expuesta por el mismo delito a ser puesta dos veces en amenaza de su vida o integridad corporal*".

También en el Derecho Internacional se encuentra difundida el principio del *ne bis in idem*, así encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7) que dice: "*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 ley y el procedimiento penal de cada país*". También el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8, inciso 4) dispone: "*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*". Debemos decir, que si bien las disposiciones internacionales, que forman parte de nuestro Derecho interno (artículo 55 de la Constitución Política), incorporan expresamente la garantía bajo comentario, la redacción de ambas presenta un déficit terminológico, pues utiliza el término restringido de "sentencia firme", soslayando así otras resoluciones que ponen fin al proceso penal, como sucede con el sobreseimiento definitivo. Empero, considero, interpretándolo en sentido amplio, que toda resolución judicial que tenga finalidad conclusiva del proceso penal quedará abarcada por la redacción de los tratados mencionados. Igualmente en España, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10 inciso 2 y 96 inciso 1 de la Constitución, forma parte del ordenamiento jurídico-interno, ya que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado en 1977.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente n° 0729-2003-HC/TC, de fecha 14 de abril de 2003) en el caso "Marcela Ximena Gonzáles Astudillo", en el punto 2 ha establecido lo siguiente: "Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declara que "*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*"; y

en el artículo 8 inciso 4 de la Convención Americana, según el cual “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español en una temprana sentencia ha delimitado el contenido, al establecer en una temprana sentencia de 2-1981 de 30 de enero, que este principio “supone una de las mas conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidades de sanciones – administrativa y penal – en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario y servidor público, concesionario, etc., – que justificase el *ius puniendi* de los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora del Estado”.

5 LAS CLASIFICACIONES DE LA GARANTÍA DEL *NE BIS IN IDEM* EN SENTIDO MATERIAL Y PROCESAL

La Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n° 2050-2002-AA/TC, en el caso “Carlos Israel Ramos Colque”, del 16 de abril del 2003, en su punto 19 sostiene que el principio del *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal. Veamos cada una de ellas.

5.1 EL *NE BIS IN IDEM* EN SENTIDO MATERIAL (COSA JUZGADA)

Desde este punto de vista tiene un alcance más restringido la regla en estudio, pues indica como hemos visto que “nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho” o “nadie puede aplicársele una sanción penal por un hecho punible ya juzgado” siendo la consecuencia más importante impedir que se revise, a través de los recursos impugnativos, una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria. La cosa juzgada material se apoya en el principio *ne bis in idem*²⁰. Así, en el derecho argentino, existe la Resolución de fecha 19 de marzo de 2004 que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los indultos dispuestos mediante decretos n° 1002/89 y 2746/90²¹ que decía: “El instituto jurídico de la cosa juzgada constituye una garantía judicial estrechamente

²⁰ Véase, en este sentido: SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, Lima, tomo I, 2003, p. 744.

²¹ Esta resolución tiene que ver específicamente con los planteos de inconstitucionalidad y nulidad de los indultos dispuestos mediante los Decretos n°s 1002/89 y 2746/90 interpuestos en la causa n° 14.216/2003 (Ex-causa Nro. 450 de la Excma. Cámara Federal) caratulada SUÁREZ MASON,

enlazada con el principio del *ne bis in idem*, pero su análisis no puede ser elemental, formal, superficial y automático sino fruto de examen sustancial y de fondo, debidamente tamizado por el filtro de las pautas internacionales en materia de justicia establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Esta misma resolución agrega que: “En ese sentido, la validez de la cosa juzgada esta subordinada y condicionada al cumplimiento de los requisitos y a la observancia de los estándares sobre el debido proceso o proceso justo. De tal suerte, que la intangibilidad de la cosa juzgada esta condicionada a que la decisión judicial a la que se quiere atribuir tal cualidad sea el resultado de un proceso ante un tribunal independiente, imparcial y competente y de un procedimiento con la observancia de las garantías judiciales. (Cfr. Amnistía Internacional abril 2003 – AMR 13-04-2003)”.

La decisión judicial debe haber quedado firme para que haya pasado a la autoridad de cosa juzgada, es decir, debe haber quedado firme y además, como presupuesto inmediato, debe haberse decidido judicialmente sobre el fondo del asunto, así por el ejemplo, el Código Procesal Constitucional (Ley n° 28237) señala en el artículo 6 lo siguiente: “*En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo*”. Los antecedentes de la autoridad de cosa juzgada o de la “prohibición de revivir procesos fenecidos” a nivel jurídico-constitucional se remontan en nuestro país a las Constituciones Políticas de 1828 (artículo 161); 1834 (artículo 127); 1839 (artículo 129); 1856 (artículo 130); 1860 (artículo 129); 1867 (artículo 127); 1920 (artículo 155); 1933 (artículo 228) y de 1979 (artículo 2, inciso 20 y artículo 233 inciso 11).

Según, Bidart Campos, la “...cosa juzgada es el efecto de la sentencia entre las partes: subjetivamente, el deber ser real de la sentencia obliga a quienes han sido partes en el juicio”²². Por su parte, Eduardo J. Couture lo define como “...

Guillermo y otros /Homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada, del Registro de la Secretaría N° 6 del Tribunal).

²² BIDART CAMPOS, Germán; *Filosofía del Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1969, p. 125. Este autor señala que suele distinguirse entre cosa juzgada formal (que impide atacar los resultados procesales dentro del mismo juicio) y cosa juzgada material (que el efecto anterior añade el de no poder renovar la cuestión en un nuevo proceso). Sobre la cosa juzgada formal y material, véase: COUTURE, 1997, p. 416 y ss. LEONE, Giovanni; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, p. 327. Por su parte: ODERIGO, Mario A.; *Lecciones de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1989, p. 268 anota que: “Los pronunciamientos de los jueces del crimen producen efecto preclusivo *erga omnes*, vale decir, que nadie puede reponer la misma cuestión principal sobre

la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”²³. Esto implica que la sentencia firme agota todos los efectos de la pretensión punitiva, lo cual nos lleva, reitero, al concepto de “cosa juzgada”, que resulta irrevocable, posee ejecutoriedad y no puede modificarse por otro órgano judicial ni otro poder del Estado. Normalmente tienen la categoría de resolución definitiva las sentencias inimpugnables, pero también pueden adquirir dicha calidad ciertos autos que resulten y que decidan la extinción irreversible del proceso, como, por ejemplo, un auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción, una excepción de prescripción de la acción penal, una excepción de cosa juzgada, o una excepción de amnistía, o un auto de sobreseimiento definitivo.

De ahí, entonces, que la cosa juzgada no constituya un efecto sino una cualidad de la sentencia que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los efectos que produzca²⁴. El principio de la intangibilidad de la cosa juzgada, o *res iudicata*, protege a las personas de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante²⁵. Según Leone “...la

la que alguno de ellos haya resuelto”. Por otro lado, DEL VALLE RANDICH, Luis; *Derecho Procesal Penal*, Lima, 1966, p. 193 nos recuerda que la cosa juzgada también opera en forma *positiva* y en forma *negativa*. Así, la primera tiene amplia vigencia en el proceso civil y consiste en que aquello que se declara como cierto en un proceso debe ser tenido como cierto en cualquier otro proceso, si concurren las identidades que se exige, tiene por objeto evitar un doble juzgamiento, dos decisiones judiciales que a la postre podrían resultar contradictorias. Esta forma, como hemos dicho sólo es apreciable en los procesos civiles y en sentencias absolutorias, pero nunca condenatorias. La segunda forma - cosa juzgada negativa- consiste en la prohibición de volver a juzgar el mismo hecho ya que no pueden existir dos sentencias ni dos procesos por un mismo hecho y por un mismo objeto.

²³ COUTURE, Eduardo J.; *Fundamentos del derecho procesal civil*, (reimpresión), Buenos Aires, 1997, p. 401. En este mismo sentido: BERNALES BALLESTEROS, Enrique; *La Constitución de 1993. Análisis comparativo*, Lima, 1996, p. 566 apunta que: “La cosa juzgada, en sentido estricto, implica el impedimento a las partes en conflicto a que revivan el mismo proceso. En consecuencia, una sentencia tiene efectos de cosa juzgada cuando obtiene fuerza obligatoria y no es posible actuar contra ella ningún medio impugnatorio, o porque los términos para interponerlos han caducado”.

²⁴ ARAZI, Roland; *Derecho procesal civil y comercial*, tomo II, Santa Fe, 2004, p. 17 quien agrega: “...que puede haber sentencias firmes que carezcan de esa cualidad, como sucede, en general, en el proceso penal, cuando se trate de revisar la sentencia en beneficio del condenado y en virtud de nuevos elementos que indiquen que aquélla ha sido notoriamente injusta.

²⁵ Véase, en este sentido: BINDER, 2002, p. 140. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo lo ha sancionado como principio general del derecho unionista en la Sentencia de 28 de octubre de 1999, caso Brumarescu contra Rumania, parágrafo 61: “El derecho a un proceso equitativo ante un Tribunal, garantizado por el artículo 6.1 del Convenio, debe interpretarse a la luz del preámbulo del Convenio, que enuncia la preeminencia del derecho como elemento del patrimonio común de los Estados Contratantes. Uno de los elementos fundamentales de la preeminencia del derecho es

cosa juzgada debe identificarse en la inmutabilidad de la decisión. *Cosa juzgada*, en la sustancia *significa decisión inmutable e irrevocable*; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia”²⁶. Un concepto cercano sería también el de “sentencia definitiva” que corresponde entender la decisión del Tribunal que pone fin a un proceso, que ha concluido el debate, pronunciándose sobre la condena o absolución del imputado y la reparación civil²⁷. Por su parte, el artículo 79 del Código Penal contempla un caso especial de cosa juzgada (la llamada cosa juzgada civil). El artículo 79 estipula lo siguiente: “*Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito*”.

Por su parte, San Martín Castro, desde la perspectiva del *ne bis in idem* sustancial, ha dicho que la “...primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, de suerte que en el campo administrativo – donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal –...”²⁸. El enunciado “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* impone la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si

el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, que exige, entre otras cosas, que la solución dada de forma definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión”.

²⁶ LEONE, tomo III, 1963, p. 321.

²⁷ Cuando se habla de “sentencia definitiva”, según BERNALES BALLESTEROS, Enrique; *La Constitución de 1993. Análisis comparativo*, Lima, 1996, p. 567 distingue acertadamente “...cuándo la administración pública actúa con función administrativa y cuándo con función jurisdiccional. Si se trata de la primera, la resolución definitiva dentro del procedimiento respectivo es un acto firme pero no irrevisable. Contra él puede recurrirse ante los tribunales en vía contencioso-administrativa, según el art. 148 de la Constitución. Además, la administración pública en el ejercicio de sus funciones debe someterse al principio de legalidad, como requisito indispensable para todos sus actos”.

²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Lima, 2003, p. 104.

ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

Habíamos dicho que los efectos de la cosa juzgada son la inmutabilidad y la coercibilidad. Lo que implica que no puede modificarse ni replantearse, lo segundo significa que esa decisión tiene fuerza ejecutiva, con el respaldo para su cumplimiento del poder estatal. Ahora bien, habría que aclarar que aquella resolución, distinta a la sentencia, que pone fin al proceso (por ejemplo el sobreseimiento) no significa que estemos en presencia de lo que técnicamente es una sentencia, porque para este acto es imprescindible la existencia de un debate realizado y concluido²⁹. Pero sí, habría que decir que el concepto de sobreseimiento tendrá que ser definitivo, el cual produce efecto de cosa juzgada material pues impide cualquier ulterior persecución por el mismo hecho, es un corolario del principio *ne bis in idem*³⁰. En este sentido se pronuncia el nuevo Código procesal penal (Decreto Legislativo 957) en el artículo 347 inciso 2 que señala: “*Importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada*”.

La jurisprudencia penal peruana también se ha pronunciado al respecto, así resulta ilustrativa la Ejecutoria Suprema del Expediente 134-98, de fecha 13 de abril 1998, donde se menciona que la cosa juzgada debe tener los siguientes elementos: “...a) identidad de sujeto, más no de sujetos, es decir en este elemento sólo se habla del procesado más no de agraviados, necesariamente se debe tratar

²⁹ DE LA FUENTE, Javier Esteban; “El concepto de “sentencia definitiva” y “auto equiparable” como ámbito del recurso de casación penal”, en: Nueva Doctrina Penal, 2000-A, Buenos Aires, p. 99 y 100

³⁰ D’ALBORA, Francisco J.; *Curso de Derecho procesal penal*, I, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, p. 346. Este autor agrega (p. 342) que el sobreseimiento “Desde el punto de vista etimológico significa cesar, desistir de algo; una indagación acerca del origen del vocablo advierte que deriva de las palabras latinas *super-sedere*, es decir, “sentarse sobre” (Moras Mon) detalles que señalan el carácter conclusivo definitivo o no, correspondiente a esta resolución”. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales de 1940 (artículo 5, párrafo séptimo) prescribe que “*Si se declara fundada cualquiera de las otras excepciones, se dará por fenecido el proceso y se mandará archivar definitivamente la causa*”. Asimismo, el artículo 221 del mismo cuerpo de leyes prescribe que “*Si está comprobada la existencia del delito pero no la responsabilidad del inculpado, se declarará no haber lugar a juicio respecto a éste y se archivará provisionalmente el proceso. No estando comprobada la existencia del delito, el archivamiento tendrá carácter definitivo*”.

de la misma persona física que una anterior ocasión fue materia de sentencia o resolución definitiva; b) identidad del hecho, acto u omisión imputada, ésta se da en función directa y necesaria del comportamiento perpetrado del mismo que haya sido materia también en otro proceso de pronunciamiento definitivo, y c) resolución definitiva, es la que da por concluida con carácter irreversible el proceso penal en que se expida dicha resolución;³¹. En consecuencia, cuando se habla sobre todo de resolución definitiva e irrevisable se está haciendo referencia al denominado *ne bis in idem* material. La cosa juzgada – que algunos autores le agregan la frase “material” – y el *ne bis in idem* de carácter material resultan prácticamente confusas, y por tanto equiparadas. Sobre estos elementos hablaremos en las siguientes líneas.

La Corte Suprema argentina ha puntualizado que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el régimen constitucional; que tiene jerarquía constitucional y no se le puede alterar ni siquiera por normas de orden público, y que todo ello se relaciona de modo inmediato con el principio de división de poderes, pues se afectaría tal principio si el poder encargado de dictar la ley apareciere, mediante una intervención posterior, alterando las decisiones del poder que la aplica³². La hipótesis contraria, es decir, el reabrir una causa cuestionando una condena firme, ocurre a través del excepcional recurso de revisión que se prevé en algunos Códigos procesales.

En este sentido, De Elía sostiene que la “...cosa juzgada, pues, es una decisión jurisdiccional que tiene fuerza obligatoria para todo juez que se avocara a la causa, de allí que la cosa juzgada tenga carácter absoluto; se trata de una manifestación de voluntad de la potestad jurisdiccional que actuó en el caso concreto como la ley actúa respecto a la comunidad en general; la cosa juzgada hace las veces de una ley que no puede ser desconocida por una nueva resolución judicial sobre el mismo caso y los mismos sujetos. El principio *non bis in idem* representa la base de toda la construcción procesal alrededor de la cosa juzgada”³³. La estabilidad de la cosa juzgada en materia civil se basa en la presunción absoluta de la verdad de la sentencia; en cambio, en materia procesal

³¹ Extraída de: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal. Código Penal: Parte General y Parte Especial*, tomo I, Lima, 1999, p. 246. En igual sentido: ORE GUARDIA, Arsenio; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1999, p. 94.

³² SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Elementos de Derecho constitucional*, tomo 1, Buenos Aires, 2003, p. 664

³³ DE ELÍA, Carlos M.; *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, (comentado y anotado)*, Buenos Aires, 2001, p. 30

penal, el *ne bis in idem* no es tanto una garantía procesal sino una garantía político-constitucional con la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad de los ciudadanos³⁴.

Desde el punto de vista del *ne bis in idem* material se inscribe por ejemplo, la Ley Fundamental alemana (artículo 103, punto III) que señala: “Nadie puede ser *penado* varias veces por el mismo hecho”. También puede ubicarse aquí, aunque no en los mismos términos, el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política peruana que estatuye que uno de los principios de la función jurisdiccional es “La prohibición de revivir *procesos fenecidos* con resolución ejecutoriada...”. Hay que tener presente que se garantiza, en términos generales, bajo esta redacción, que una persona no sufra más de una condena por un mismo hecho, pero no habría obstáculo alguno para admitir una nueva persecución penal para condenarlo cuando fue absuelto de los cargos o para imponerle una condena penal superior a la que surgió del pronunciamiento original, lo cual nos parece que no cumpliría el objetivo del principio en comentario.

Una posición neutral o intermedia la encontramos en los siguientes cuerpos legislativos: el Código Procesal Penal del Paraguay (artículo 8, Proceso Único) que prescribe: “Nadie podrá ser *procesado* ni *condenado* sino una sola vez por el mismo hecho...”; el Anteproyecto de Código Penal del Perú, Parte General, artículo IX que señala: “Nadie podrá ser *procesado*, ni *sancionado* más de una vez por un mismo hecho...”; el nuevo Código Procesal Penal de Perú, de julio del 2004 en el Título Preliminar, artículo III prescribe: “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 procesales...”.

Por último, el Código Procesal Penal de 1991, en el Título Preliminar, artículo IV prescribía que: “Nadie puede ser *procesado* o *sancionado* mas de una vez por un mismo hecho constitutivo de una acción u omisión punible. La excepción a esta norma es la revisión de una sentencia condenatoria y absolutoria por la Corte Suprema, en los supuestos taxativamente permitidos”. Si bien en todos los instrumentos legales citados se amplía – para bien – el alcance del principio *ne bis in idem*, es cierto que no puede soslayarse la idea de que el “procesado” – como todavía no ha sido condenado en el proceso – también quede protegido bajo el amparo del principio en estudio.

³⁴ BERTELOTTI, “El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada”, cit. p. 127

En suma, en un Estado de Derecho que sostiene la seguridad jurídica y la tranquilidad y el respeto a los ciudadanos como principios básicos de la organización social, necesariamente debe existir un momento en que el proceso penal finaliza. Así que en el extremo de “fallar definitivamente” en el lenguaje del artículo 90 del Código penal significará aquella resolución judicial que ha adquirido firmeza, obligatoriedad, ejecutoriedad³⁵. “Fallar definitivamente” será considerado aquel acto procesal que plasma el objetivo de todo proceso penal, generalmente a través de una sentencia (condenatoria o absolutoria) donde se averiguó la verdad histórica – reconstruyendo los hechos del pasado –, resolviendo un determinado conflicto social. Será plasmar, en otras palabras, la vigencia del *ne bis in idem* en su aspecto material (cosa juzgada).

Sin embargo, “fallar definitivamente” habrá que entenderla también en un sentido amplio abarcando cualquier resolución judicial que ponga fin al proceso penal, y lo más relevante es que no fue objeto de impugnación (consentida) o esperar la “última” decisión judicial cuando se interpuso algún recurso impugnatorio que usualmente – en nuestro ámbito interno – será la Corte Suprema de la República, que en definitiva, es la instancia “final”. Este criterio también es tomado para computar los plazos prescriptorios de la pena. Así, el artículo 86 del Código Penal estipula que “El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó *firme*” o cuando se refiere a la figura del concurso real retrospectivo (artículo 51 – Modificado por la Ley 26832 de fecha 03.07.1997 – del Código Penal) que señala, parte pertinente: “...cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos del proceso, solicitarán copia certificada del *fallo ejecutoriado*...”.

Por otro lado, con respecto a la resolución judicial que declara “no ha lugar a la instrucción”, la doctrina y la jurisprudencia no se han puesto de acuerdo sobre si hay o no cosa juzgada en la resolución aludida. Al respecto, Sánchez Velarde³⁶ lo ha sintetizado de la siguiente manera:

³⁵ En este punto: GARCÍA RADA, Domingo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1984, p. 346 se pregunta lo siguiente “¿Cuál es la parte que constituye Cosa Juzgada? Toda sentencia tiene tres partes: expositiva, considerativa y resolutive. Sólo la parte Resolutive crea Cosa Juzgada, excepto que se remita a un considerando y entonces tal considerando también es Cosa Juzgada. Lo que se manda y dispone está contenido en la parte resolutive y por consiguiente sólo ella es la que produce Cosa Juzgada. Esta tercera parte es la inimpugnable, la inmutable y la que tiene coerción; las otras dos partes le sirven de sustento, una – la expositiva – relatando los hechos, y la otra – la considerativa – exponiendo las razones que fundamentan la condena”.

³⁶ SANCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 356.

- a) Desde una *interpretación sistemática y estricta de la ley*, dicha resolución judicial no puede ser equiparada a la resolución jurisdiccional que luego del trámite correspondiente culmina con la expedición de una sentencia; resulta difícil admitir la cosa juzgada respecto de una resolución (auto) que precisamente no da inicio al proceso penal, es decir, no hay proceso. En este sentido, se puede ubicar la doctrina esbozada por el Tribunal Constitucional (en el Expediente n° 1077-2002-HC/TC, en el caso “Juan Manuel García Quiroga”) donde tiene establecido que el valor del auto de no a lugar a la apertura de instrucción no puede equipararse a la de una sentencia, en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni realización de un contradictorio previo. por lo que no se ha producido una violación de la cosa juzgada.
- b) Por otro lado, bajo una *interpretación amplia* de las normas procesales se argumenta que dicha resolución si genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en una decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por el superior. En tal virtud, Castañeda Otsu sostiene que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional antes citado debe ser replanteado no en relación a la cosa juzgada, sino en relación al *ne bis in idem* procesal, considerando que sino existe prueba nueva que permita reabrir la investigación preliminar por el titular de la acción penal, no debería volver a investigarse sobre los mismo hechos³⁷.

Finalmente otra de las manifestaciones del *ne bis in idem* material es la llamada cosa decidida, la misma que otorga seguridad jurídica a las decisiones de los órganos administrativos. Ahora bien, es válido cuestionarse si la decisión de archivo definitivo de la denuncia por el Fiscal constituye o no cosa juzgada. Mi respuesta es negativa, en tanto ésta última [la cosa juzgada] resulta ser una institución propia de la función jurisdiccional dentro de un proceso regular³⁸.

³⁷ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes; “Análisis del artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política”, en: Problemas actuales de Derecho penal y procesal penal (Lecturas y casos seleccionados-Materiales de enseñanza), Maestría en Derecho Penal, PUCP, Lima, 2005, p. 103.

³⁸ Véase, en este sentido: ALCÓCER POVIS, Eduardo; “La prohibición de incurrir en bis in idem. Aproximación conceptual”, texto mecanografiado, S/f.

5.2 EL *NE BIS IN IDEM* EN SENTIDO PROCESAL (PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE)

Quizá sea este punto de vista donde se apoya actualmente la doctrina y la jurisprudencia para definir el alcance del *ne bis in idem*. La consecuencia más importante de este criterio es impedir la múltiple “persecución penal” y cubre el riesgo de un procesamiento nuevo. En otras palabras en su vertiente procesal, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos (penales) distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos (penales) con el mismo objeto.

Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). Al respecto, Sánchez Velarde³⁹ sostiene que el *ne bis in idem* procesal “el efecto inmediato es la inadmisibilidad y prohibición de un nuevo juzgamiento de allí su estrecha relación con la prohibición del *ne bis in idem*, pues una vez resuelto el proceso por sentencia consentida o ejecutoriada, no se puede enjuiciar nuevamente a la misma persona por el hecho que fue pasible de la sentencia anterior”. Por su parte, San Martín Castro dice que el *ne bis in idem* procesal “...proscribe no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real”⁴⁰.

Este concepto procesal de *ne bis in idem* también ha sido asumido por la jurisprudencia argentina. Así la “...prohibición de la doble persecución penal no sólo veda la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado. Sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho. Si se encuentra firme el sobreseimiento dictado en una causa anterior por los mismos hechos, la sustanciación de una nueva querrela constituye una violación de la garantía constitucional que protege contra el doble juzgamiento”⁴¹.

³⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 332.

⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Lima, 2003, p. 106.

⁴¹ CSJN, 30-4-91, recaído en el caso: “Taussig, Jorge F/ Arts, 109 y 110 del CP”, Fallos: 314: 377, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (Director), *Revista de Derecho penal, 2001-1, Garantías constitucionales y nulidades procesales I*, Buenos Aires, p. 531.

Con relación al *ne bis in idem* procesal, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 1670-2003-AA/TC, caso “José Santiago García Caballero”, de fecha 26 de abril de 2004 resulta muy claro cuando en el punto 2, manifiesta lo siguiente: “Este Colegiado ha precisado, en la sentencia recaída en el Exp. n° 2050-2002-AA/TC, que el derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* “procesal”, está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. Esta condición, de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: “[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: “[...] El inculcado absuelto por una sentencia firme, no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Según en el fundamento 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 2050-2002-AA/TC, de fecha de 16 de abril de 2003, en el caso “Carlos Israel Ramos Colque” se establece que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito; además que incluye, aparte de una dimensión material sancionadora, una dimensión eminentemente procesal, según la cual:

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

Sin embargo, una afirmación de este tipo debe ser entendida en su verdadera dimensión: como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el expediente 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, caso “José Antonio Álvarez Rojas”, cuando establece que:

“...la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. De ahí que se considerase que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”.

El Tribunal Constitucional en el caso “Dante Damas Espinoza” en el fundamento número 7 señala que, primero, integra el *non bis in idem* dentro del derecho al debido proceso del artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú, sosteniendo que significa que el imputado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos, esto es, reconoce la dimensión procesal de la garantía del *ne bis in idem*. En segundo lugar, se señala que la *res iudicata* o cosa juzgada está reconocida también en el artículo 139° inciso 13 de la Constitución Política del Perú, la cual supone la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia, tesis última no bien formulada, dado que el *ne bis in idem* material, como ya se dejó expuesto, prescribe que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

La interpretación del principio en comentario puede entonces admitir las siguientes expresiones: “Nadie puede ser *penado/procesado/perseguido penalmente* más de una vez por el mismo *hecho/delito*”. Me parece acertada la expresión del artículo 90 del actual Código penal cuando alude a “perseguido” en vez de “procesado”, “encausado”, “acusado” o “perseguido judicialmente” que más bien daría a entender a cierto estadio procesal, lo cual podría interpretarse en forma restringida y parcial el *ne bis in idem* en función a que ésta operaría cuando la persecución penal haya alcanzado cierta importancia procesal.

Por eso resulta desacertado y confusa la frase de la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código penal del Perú, Parte General, cuando alude a que “Lo inadmisibles, pues, *no la repetición de proceso*, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla”. Si la repetición del proceso penal tiene como finalidad conseguir una resolución más favorable al imputado o condenado estará todo correcto, pero como es sabido, casi todo proceso penal en sí mismo busca o procura la condena del procesado, entonces, como quedaría la expresión “la repetición del proceso”.

Cuando el artículo 90 del Código penal peruano establece la expresión “persecución” (penal) está comprendiendo a toda la autoridad estatal (policial, fiscal, e incluso jurisdiccional – que no puede ser propiamente tal –) o privada (acciones privadas como injurias, calumnias, etc.) tendiente a atribuir a una persona participación en un hecho delictivo. Para que pueda hablarse de *segunda* persecución, será necesaria que la *primera* se esté desarrollando, o haya concluido por sobreseimiento o sentencia definitiva (condenatoria o absolutoria)⁴². Sin embargo, la persecución necesita de una pretensión y ésta última implica una posibilidad (existencia de futuro) que tiene apoyo en el concepto de apariencia delictiva, y que será suficiente para provocar la persecución penal. “Así la pretensión – anota Clariá Olmedo – aparece como el nervio de la perseguibilidad; no se podrá perseguir penalmente sino sobre la base de una pretensión fundada en hecho afirmado con relevancia jurídico-penal”⁴³. Finalmente, la condena o el valor formal de la cosa juzgada no es la que veda la garantía del *ne bis in idem* sino fundamentalmente la mera exposición al riesgo de un doble juzgamiento.

Esta dimensión procesal del principio *ne bis in idem* cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 25, inciso 1 de la Constitución española obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese *mismo hecho*, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de

⁴² CAFFERATA NORES, José I; “Garantías y sistema constitucional”, en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.), Revista de Derecho penal, 2001-1, Santa Fe, p. 146.

⁴³ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; *El proceso penal* (actualizado por Pedro Bertolini), Buenos Aires, 1994, p. 6.

castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999).

6 LOS CRITERIOS PARA ESTABLECER LA PROHIBICIÓN DE LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE

Los criterios para establecer adecuadamente la presencia de una persecución penal múltiple, generalmente la doctrina⁴⁴ y la jurisprudencia⁴⁵ han establecido que deben concurrir por lo menos tres identidades o correspondencias.

⁴⁴ Véase por todos: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2006, p. 200.

⁴⁵ Así: "Los presupuestos que deben concurrir para amparar una excepción de cosa juzgada, son la identidad de procesado, identidad de hecho y resolución firme. El Fiscal Supremo al emitir su dictamen se ha pronunciado por la aprobación de dicho sobreseimiento, lo que implica una expresa renuncia a la prosecución del ejercicio de la acción penal, en cuanto a este extremo, y así debe declararlo esta Supremo Sala, pues disponer lo contrario sería obligar al Ministerio Público, a seguir persiguiendo un delito que a su criterio no existe, con lo que se atentaría contra su autonomía". SALA PENAL, R.N., n° 936-99, Lima, extraído: CHOCAÑO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor; *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002, p. 281.

"La excepción de cosa juzgada es aplicable cuando existe identidad de hecho u objeto del proceso, identidad de encausado y resolución firme o definitiva; que, siendo esto así, en el presente proceso, no se cumplen tales requisitos, existiendo deficiencia de la defensa técnica al no acompañar constancia que acredite que la sentencia quedó firme y definitiva por no haber sido impugnada o en su defecto ejecutoriada". SALA PENAL, RN, n° 678-2000, Lambayeque, extraído de: FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002, p. 294.

"Procede declarar fundada la excepción de cosa juzgada si en el proceso fenecido se falló definitivamente por los mismos hechos y las mismas personas procesadas en la nueva causa, es decir, el proceso fenecido abarcó en su totalidad a la nueva denuncia". Exp. n° 5287-97, en: BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA HUAMAN; *Jurisprudencia penal*, procesos sumarios, tomo III, Lima, p. 626.

Ellas son el *eadem persona*, *eadem res* y el *eadem causa petendi*. Analizaremos cada una de ellas.

6.1 IDENTIDAD DE PERSONA (EADEM PERSONA)

El *eadem persona* es la proyección subjetiva de la garantía y la que menos problema suscita. Esta identidad se proyecta en la siguiente frase: *exceptio rei iudicatae obstat quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur* (la excepción de la cosa juzgada se opone cuantas veces la misma cuestión se plantea de nuevo entre las mismas personas).

La identidad de la persona, ha precisado la Corte Suprema peruana, se refiere sólo a la del procesado y no a la parte acusadora. La condición de imputado es la base sobre la cual se erigen todas las demás garantías individuales en el proceso penal, sin importar la calidad del sujeto (por ej. si es funcionario o servidor público, órgano administrador, etc.). Por otra parte, la Ejecutoria Suprema del Expediente 134-98, de fecha 13 de abril 1998, donde se menciona que la cosa juzgada, entre sus elementos, debe tener: "...a) identidad de sujeto, más no de sujetos, es decir en este elemento sólo se habla del procesado más no de agraviados...". El problema se simplifica pues como ya sabemos en la relación procesal penal no hay otras partes más que el Ministerio Público y el imputado, y cuando se habla de identidad subjetiva sólo se está refiriendo a la persona del procesado, ya que la parte acusadora es estrictamente procesal, carente en absoluto de toda relación con el hecho punible, y solo excepcionalmente por su carácter contingente, la parte acusadora puede ser procesal y material al mismo tiempo.

Sólo aquella persona que es considerado "imputada" puede ser beneficiaria de este principio. Entonces surge la pregunta acerca de a partir de qué momento una persona incluida dentro de los límites de las investigaciones, debe ser considerada como "imputado". En otro trabajo había dicho que "... se tendrá que distinguir entre una *imputación material o implícita* que es aquella condición que nace de la admisión de una denuncia o una querrela y no de la simple presentación de las mismas por cuanto la situación material del imputado no puede inferirse, de la mera indicación hacia un sujeto como supuesto autor

del hecho punible, y otra *imputación formal o explícita* que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial⁴⁶.

El *ne bis in idem* es una garantía “personal” en concreto y no en abstracto. “No existe una cosa juzgada “en abstracto”; por el contrario, el efecto de cosa juzgada – ya se trate de una sentencia, de un sobreseimiento, o de cualquier tipo de resolución que ponga fin al proceso – siempre tiene una referencia directa a la persona que ha sido involucrada⁴⁷. Lo que importa es que la persona identificada en el primer proceso sea la misma que se persigue por segunda vez. Así por ejemplo, con respecto a la excepción de la cosa juzgada, se ha dicho que no será suficiente la comprobación de la igualdad de nombres, sino que hay que tener la certeza que se trate de la misma persona, por las generales de ley que obren en el primer expediente como en el proceso en cual se deduce la excepción de cosa juzgada⁴⁸. A mi juicio, bastaría con su identificación física, aún cuando se carezca de los datos que hacen a su identificación nominal.

Debe tratarse de la misma persona que fue perseguida con anterioridad. No ampara a coimputados del mismo hecho. Esto es, que quedarán excluidos los posibles partícipes aún no perseguidos y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: la desestimación o el archivo de la denuncia, ya que al no haberse individualizado al imputado no produce el efecto de cosa juzgada.

La condena o absolución de un procesado no impide que se promueva la acción nuevamente, por el mismo suceso e igual *nomen juris*, pero esta vez contra otras personas que ahora son denunciadas como autoras o partícipes⁴⁹. Por ejemplo: si no se llegó a establecer, en calidad de autor, responsabilidad penal al procesado por insuficiencia probatoria, esto no puede funcionar como un obstáculo para que los otros coautores o partícipes sean denunciados y procesados por los mismos hechos, y luego finalmente condenados, si aparecen, después, nuevos elementos de convicción que demuestren la existencia de la

⁴⁶ REÀTEGUI SÁNCHEZ, James; “El valor probatorio de las declaraciones inculpatorias del coimputado en el derecho peruano”, disponible en: <http://www.carlosparma.com.ar/reategui3.doc>. Véase, para más referencias sobre el concepto de “imputado”: MAIER, Julio B.J.; *Derecho procesal penal*, tomo II. Parte General, sujetos procesales, Buenos Aires, 2004, p. 187 y ss.

⁴⁷ BINDER, 1999, p. 168.

⁴⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor; *El proceso penal. Teoría y Práctica*, Lima, 2003, p. 287.

⁴⁹ ROY FREYRE, Luis Eduardo; *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena*, Lima, 1998, p. 199.

comisión del hecho punible. Por tal motivo, el requisito *eadem persona* debe tener, en este aspecto, un efecto *restrictivo-individual*.

6.1.1 La identidad personal en el marco de estructuras complejas

La identidad de sujetos puede encontrar algún inconveniente en supuestos de pluralidad de sujetos, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. Sin embargo, se admite que los en los casos de responsabilidad penal de las personas físicas no se incumple el *ne bis in idem* por el hecho de sancionar administrativamente a las personas jurídicas, pues la sanción a ésta se basa en su “culpabilidad de organización” o “acción institucional” que no es el título que fundamenta la responsabilidad de aquella. “Por eso, – dice Borinsky – cabe sancionar a la persona jurídica aún cuando la física quede exenta de pena por actuar con error invencible o incluso por otras causas”⁵⁰.

En otro trabajo había dicho lo siguiente: “Otros argumentos colaterales como la idea de justicia y equidad permiten sostener la vigencia del principio de la *societas*, pues sancionar directamente a la persona jurídica se castigarían, en última instancia, a personas inocentes quienes integran el ente ideal, y con ello se infraccionaría el principio garantístico *non bis in idem*. Es decir, que a los cuestionamientos tradicionales que se manejan en el derecho penal euro-continental, de que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, se ha sumado otro elemento, proveniente del derecho anglosajón, en el sentido de que ¿un mismo hecho puede ser imputado penalmente – y eventualmente condenado – tanto a la persona natural como a la persona jurídica?; ¿Concretamente si existe o no una identidad de persona en el hecho?. Como podrá notarse el *non bis in idem* se asoma como un peldaño más que debemos pasar. Si la persona jurídica resulta ser un ente “distinto” a la de sus miembros individuales no habrá mayores problemas para imputar el hecho punible por separado a la persona jurídica y a la persona natural. En cambio, si la persona jurídica resulta ser “igual” que la de sus miembros, formando un solo cuerpo orgánico las posibilidades de prosperar del principio del *non bis in idem* acrecienta”⁵¹.

⁵⁰ BORINSKY, Mariano Hernán; “Principio ‘non bis in idem’. Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos”, disponible en: EIDial.com DC5C4.

⁵¹ REATEGUI SÁNCHEZ, James; “La presencia de personas jurídicas en el moderno derecho penal. ¿Hacia un Derecho Penal de las personas jurídicas”, en: Actualidad Jurídica, Noviembre, tomo 144, Lima, 2005, p. 288.

Teniendo como presupuesto que la legislación peruana establece que la jurisdicción administrativa debe subordinarse a la penal, Zúñiga Rodríguez sostiene que la "...gravedad de la infracción es la que determinará la jurisdicción a aplicar y no es posible pensar en una dualidad según el sujeto; la vía penal para el sujeto individual infractor y la vía administrativa para la persona jurídica, pues ello contradiría esa unidad de la potestad punitiva"⁵². Según la autora citada debe prevalecer, en la medida de lo posible, la llamada identidad personal, no obstante de que imputación recaiga contra una persona natural (derecho penal) o una persona jurídica (derecho administrativo).

6.2 IDENTIDAD DE OBJETO (EADEM RES)

El *eadem res* es la proyección objetiva de la identidad o correspondencia y la que más problemática presenta para el estudio del *ne bis in idem*. La segunda persecución debe referirse al mismo hecho que motivó a la primera: *in idem*, dice la formula latina: esto es, sobre lo mismo. En el artículo 90 del Código penal prescribe que la segunda persecución penal debe tratarse de un mismo "hecho punible". Ahora bien, qué entendemos en Derecho penal por ¿hecho punible?. Esto es: se impide perseguir por segunda vez el hecho "tal está calificado en la ley penal" o se permite nuevamente la persecución la sobre la misma hipótesis fáctica pero con distinta calificación jurídica: hecho punible doloso, culposo, omisivo propio o impropio, atenuado o agravado, tentado o consumado, etc.

En realidad si vemos nuestro Derecho positivo penal, en la Parte General observaremos que el legislador también hace referencia al concepto de hecho punible. Así, el artículo 6 "...comisión del *hecho punible*"; Título II lleva como nombre "del *hecho punible*"; el artículo 13 "...la realización del *hecho punible*"; artículo 15 "...comete un *hecho punible*"; art. 22 "...*hecho punible*"; artículo 23 "...el *hecho punible*". Sin embargo, en otros artículos se refiere a la comisión de un "delito", así el artículo 16 "...ejecución de un *delito*"; artículo 50 "...otros tantos *delitos* independientes"; artículo 59 "...condenado por otro *delito*"; y en otros pareciera que el hecho punible pudiera ser solamente "típico", así el artículo 72 "realizado un *hecho* previsto como *delito*". Asimismo, en otros artículos se refiere que la comisión represente solamente un injusto penal, así en el artículo 20 inciso 5: "...realiza un *hecho antijurídico*". A mi juicio, el concepto de hecho punible, tal como se le concibe en la dogmática jurídico-penal, es que el comportamiento sea

⁵² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación", en: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal, 2003, Lima, p. 504.

típico, antijurídico y culpable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad. El mismo concepto de hecho punible da a entender, además, que el hecho debe ser “punible” y será punible cuando se verifiquen todas las categorías dogmática-estratificadas.

Sin embargo, a los efectos de la comprensión de la garantía del *ne bis in idem* no debe importar la calificación jurídica que se le haya dado en la primera persecución y la que pudiera darse en la segunda. Pues muchas veces el juicio de tipificación – como producto normativo- depende de una valoración subjetiva que realice el juzgador en un determinado caso concreto. Por eso Maier anota que para comprender mejor esta identidad se mira “...al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción de distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior”⁵³. En suma, lo importante acá es que el *sustractum* de ambos hechos debe ser el mismo. Siempre debe existir en el primero hecho la suficiente competencia judicial para haber examinado el hecho completamente, desde el punto de vista del Derecho penal material. La identidad de hecho, entonces, tiene como una de sus características la indivisibilidad, a mérito de la cual un mismo *factum* no puede ser materia de más de un pronunciamiento judicial. Por ejemplo: si una persona que fue juzgada por lesiones graves o tentativa de homicidio, y luego condenada, no puede luego ser sometido judicialmente por el homicidio en virtud de una consecuencia mediata posterior.

También si un Tribunal califica el apoderamiento total o parcialmente ajeno como hurto, no puede incoarse una nueva persecución penal porque el segundo

⁵³ MAIER, Julio B. J.; *Derecho procesal penal*, tomo 1, volumen b, Buenos Aires, 1989, p. 380. El mismo: *Derecho procesal penal*, tomo II, Parte General, Buenos Aires, 2004, p. 24, agrega sobre la identidad fáctica u objetiva que: “...el contenido del “hecho”, en sentido procesal penal, no depende de las definiciones sobre la unidad o multiplicidad del Derecho penal material (concurso ideal, real o continuado de acciones u omisiones), en principio, y comprende, como *unidad fáctica*, el comportamiento total del imputado que, según una *concepción natural*, representa un *proceso de vida unitario*, un suceso histórico único”. DE LA RUA, Fernando; en la voz: “*Non bis in idem*”, de la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XX, Buenos Aires, p. 327 anota que si acogiéramos el criterio de que debe existir coincidencia entre el hecho y calificación jurídica en los procesos “...el vigor de la garantía no solo quedaría debilitado, sino totalmente aniquilado. El principio de *non bis in idem* se tornaría inexistente e inócuo, porque bastaría un cambio de criterio jurídico para abrir válidamente la nueva instancia”. CLARÍA OLMEDO, Jorge A.; *Derecho procesal penal*, tomo I, (actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi), Santa Fe, 1998, p. 74. CAFFERATA NORES, José I.; “*Asociación ilícita y “non bis in idem”*”, en: La Ley 1999-B, Buenos Aires, p. 300 y 301. FOLGUEIRO; “*La inadmisibilidad de la “persecución” y de la “valoración” penal múltiple (validez “procesal” y “material” de la garantía “ne bis in idem”)*”, cit., p. 787.

Tribunal lo considere como robo. Tampoco aquel que ha sido procesado por homicidio, puede ser luego perseguido por el delito de lesiones, si a consecuencia de éstos está sometido a juzgamiento por aquel delito. Cafferata Nores dice que “aunque en la segunda persecución se afirmen nuevas circunstancias, un diferente grado de participación o un encuadramiento jurídico diferente, si el hecho es sustancialmente idéntico, el principio opera en plenitud”⁵⁴.

Para que se aplique la *eadem res* la imputación tiene que ser la misma, y la imputación será idéntica cuando tenga por objeto el mismo comportamiento atribuible a la misma persona (*eadem persona*). En tal sentido, se tendrá que distinguir entre una *imputación material o implícita* que es aquella condición que nace de la admisión de la simple denuncia o una querrela indicando como supuesto autor del hecho punible a una persona y esta imputación material no define el carácter de “imputado” y otra que es la *imputación formal o explícita* que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial, que sí le otorga el carácter de procesado o imputado.

Resulta ilustrativa las palabras de Clariá Olmedo cuando comenta la identidad objetiva: “Se atrapa el hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica; capta el acontecimiento y no el delito; la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves y homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o delictuosidad, o de desarrollo punible: autor o cómplice; tentativa y consumación”⁵⁵.

Como ha señalado la doctrina debe mirarse al hecho como un acontecimiento real-histórico, que sucede en un lugar y momento determinado, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior. Inclusive, se ha afirmado concretamente que a quien se lo persiguió penalmente como autor (directo, indirecto o coautor) no se lo puede volver a perseguir como cómplice, ya sea primario o secundario. El título de imputación penal asignado al imputado no interesa a efectos de determinar una correcta identidad objetiva, ya que la calificación jurídica, si bien es un criterio que debe

⁵⁴ CAFFERATA, José I; *Introducción al Derecho procesal penal*, Córdoba, 1994, p. 87.

⁵⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; *Derecho Procesal Penal*, (actualizado por Jorge Vázquez Rossi) tomo I, Santa fe, p. 74.

ajustarse a las reglas jurídico-penales, también es cierto que hay un enorme criterio subjetivo por parte del juzgador para subsumir el comportamiento humano a los tipos penales. Entonces, para amparar el principio de *ne bis in idem*, es obvio que no interesa el criterio de calificación, basta que exista una identidad objetivos de los hechos comparados. Esta identidad objetiva tiene que ser de carácter *sustancial* y no meramente *accidental*.

Esta identidad sustancial está relacionada con el aspecto real-histórico: tal como sucedieron realmente. El concepto de hecho ha sido entendido tradicionalmente como un acontecimiento existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, hipotéticamente afirmado como real. Para determinar la identidad sustancial de los hechos debe estar ajeno a toda valoración del derecho, porque si es así entremos a una identidad accidental, ya que sería especular sobre cuestiones jurídicas, ejemplo, si es cómplice o coautor. La identidad sustancial está íntimamente relacionada con la identidad personal, en el sentido que sólo puede ser idéntico objetivamente aquello que ha sido causado por la misma persona a la cual se pretende abrir un nuevo proceso penal.

En conclusión, cuando la doctrina penal hace referencia al hecho (identidad *res*), en general se hace alusión, primero a la misma comprobación fáctica-histórica que le corresponde a un mismo sujeto y luego, a su respectiva calificación jurídica.

6.2.1 Los hechos tienen que ser idénticos sin importar la calificación jurídica

La doctrina procesal penal ha sido unánime al considerar que aún cuando en el segundo proceso abierto se dé una calificación jurídica distinta, si los hechos son los mismos que en el primer proceso penal, – identidad objetiva, *idem re* – el denominado *ne bis in idem* procesal debe prosperar. Resulta trascendental, por ello, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso “Loayza Tamayo”, que estableció que si la justicia militar al dictar una sentencia se pronuncia sobre los hechos objeto de la acusación, valorando los elementos probatorios del comportamiento atribuido, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica, sean de conocimiento por la justicia ordinaria. Este fallo, constituye, en buena cuenta, la consagración jurídica del *ne bis in idem* procesal, que proscribe no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real.

Así, lo ha entendido por ejemplo el Código de Procedimiento penales de Bolivia de 1999 (artículo 4 – persecución penal única –) dice que: “Nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por el mismo hecho, *aunque se modifiquen su calificación o se aleguen nuevas circunstancias*. La sentencia ejecutoriada dictada en el extranjero sobre hechos que pueden ser conocidos por los tribunales nacionales producirá efecto de cosa juzgada”. Por su parte, el Código Procesal de Colombia de 2000 (artículo 19) en sus normas rectoras establece que: “La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, *aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta*”. Asimismo, el Anteproyecto del Código Procesal Penal de Panamá de 1998 (artículo 9) (única persecución) prescribe que: “Nadie puede ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho, *aunque a éste se le dé una denominación distinta*”. En el Código Procesal Penal, en concordancia con la Constitución provincial de Córdoba-Argentina, artículo 39), capta el principio bajo las expresiones “[...] ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, *aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias*. Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso anterior o se hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal el ejercicio de la acción [...]”.

Entonces lo sustancial será que sea el mismo hecho o una misma estructura básica de la hipótesis fáctica, y no obstará a la vigencia de la garantía que en la segunda persecución penal se añadan algunos elementos *accidentales no relevantes*. Si en la segunda persecución se trata de una circunstancia agravante (físico, psíquico o jurídico) y por ende de mayor penalidad pero en función a un mismo delito que ya fue condenado; si la segunda persecución incide en una diferente forma de participación (antes fue juzgado como mero cómplice ahora se le pretende considerar como instigador); si la segunda persecución focaliza la atención a un diferente grado de ejecución (ya fue condenado por un delito tentado y ahora se le pretende castigar por un delito consumado). Esto es, que la identidad básica subsiste, aunque existan entre ambas imputaciones diferencias temporales, espaciales, de modo o en el mismo objeto del hecho atribuido, que no alcancen para destruirla como afirmación de un acontecimiento unitario⁵⁶. Se trata, en suma, de una identidad de hipótesis fáctica y no una identidad jurídica.

⁵⁶ MAIER, “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)”, cit. p. 430.

Sin embargo, existe discusión en la dogmática jurídico-procesal para determinar cuándo se conserva una misma estructura básica de hecho fáctico. Se ha dicho que debe tenerse el hecho como acontecimiento histórico, que abarque el comportamiento (activo u omisivo) y eventualmente su resultado lesivo o peligroso. Ahora, existen dos enfoques para tratar el tema: un *enfoque naturalista*, que señala que dos hechos serán iguales cuando exista coincidencia en sus circunstancias esenciales, o sea, de lugar, tiempo, modo de comisión, en suma, debe haber similitud en los elementos del tipo objetivo, habrá, dos hechos distintos sino existe aquella coincidencia. Por otro lado, tenemos el *enfoque normativo*, en la cual el acontecimiento histórico siempre tiene que estar acorde con una norma jurídico-penal. En consecuencia, para determinar lo sustancial del hecho, se recurre a la coincidencia, aunque sea parcial, de la acción con un supuesto típico; subsidiariamente, se atiende al bien jurídico afectado. Por eso, para la aplicación del *ne bis in idem* no debe negarse en absoluto la consideración a determinados conceptos jurídico-normativos, concretamente para identificar una “identidad de hecho punible”.

Al respecto, también Mixán Mass ha dicho que se “...debe tratar, pues, del mismo acto u omisión que ya ha sido materia del pronunciamiento jurisdiccional definitivo anterior que puso término al proceso penal anterior respecto del mismo caso. En otras palabras, la identidad no es de manera alguna en atención a la identidad del delito, sino, en razón de la identidad del acto u omisión perpetrado y que ya fue objeto de decisión judicial definitiva por lo que no puede ser nuevamente invocado ese mismo hecho con la argucia de asignarle otra calificación jurídico-penal para generar un nuevo proceso que, en el fondo, importa revivir el anterior ya fenecido definitivamente”⁵⁷. En este sentido, Accorinti, anota que: “Se debe tratar de evitar que la imputación concreta se repita en el proceso posterior, enervando la sentencia anterior. Lo

⁵⁷ MIXÁN MASS, Florencio; *Derecho procesal penal*, tomo III, Lima, 1988, p. 86. En igual sentido: LEONE, Giovanni; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, p. 343 y 344. ROY FREYRE, Luis Eduardo; *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena*, Lima, 1998, p. 200. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000, p. 244 entre los requisitos para la presencia de la cosa juzgada es la “*Identidad del hecho denunciado* o unidad del hecho punible en el proceso precedente y con el actual. Este límite objetivo de la cosa juzgada, sin embargo, no implica exigir una identidad en la tipicidad asignada al mismo hecho en ambos procesos. Lo importante es verificar que el hecho ya juzgado sea el mismo que aquél que ahora es sometido a proceso”. CUBAS VILLANUEVA, Víctor; *El proceso penal. Teoría y Práctica*, Lima, 2003, p. 287.

que se persiguió no se puede volver a investigar, y con mayor razón si hay una sentencia firme dictada (cosa juzgada, que luego vamos a analizar en los próximos puntos). Por ejemplo: lo que se investigó penalmente como estafa no se puede perseguir como libramiento de cheque sin provisión de fondos”⁵⁸.

El concepto de hecho punible o de imputación penal en el ámbito procesal no es determinante el aspecto fáctico, sino fundamentalmente jurídico-normativo, es decir, aquello que la ley penal sustantiva prevé como delito. Por eso, la garantía de la prohibición de la múltiple persecución penal resulta necesario hacer referencia a las reglas que existen en el Derecho penal sustantivo, respecto de la identidad entre hechos existentes y su correspondiente calificación jurídica: si se trataron de varios hechos cometidos en un determinado espacio y tiempo se tendrán que regir por las reglas concursales normadas en el Código penal. Así, por ejemplo en los casos de concurso aparente de leyes donde existe una “supuesta” pluralidad de calificaciones jurídicas y una evidente unidad de hecho, es decir, un mismo hecho puede producir diferentes tipicidades y todo esto ingresa en el estudio del *ne bis in idem*. En otras palabras, se anuncia diciendo *bis in eadem re ne sit actio*, o sea que “no haya dos veces acción acerca de lo mismo”⁵⁹. La formulación del *ne bis in idem* vendría más o menos a decir: “no pueden ser apreciados dos delitos, y como tal castigados, allá donde exista tan solo unidad delictiva”.

En este sentido, Reyes Alvarado sostiene que “...es importante recordar que el concurso aparente de hechos punibles parte del supuesto de la existencia de una sola acción jurídicamente relevante que como tal sólo debe ser reprimida con una pena única ya que una pluralidad de sanciones atentaría contra el principio del *non bis in idem*”⁶⁰. Al respecto, Nakasaki Servigón ha dicho que la “...no aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes viola el principio *ne bis in idem* pues al procesar y castigar a la persona por todos los tipos penales que concurren a la aplicación del hecho supone duplicar injustificadamente la restricción de derechos que significa el procesamiento y la sanción penal, pues uno solo de los tipos penales abarca el contenido de injusto y de culpabilidad

⁵⁸ ACCORINTI, María de las Nieves; “*Non bis in idem: nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*”, en: Camiña, María Cristina (Dir.), Principios de Derecho Procesal Penal, Casos y soluciones, Buenos Aires, 2002, p. 64.

⁵⁹ ROMERO SOTO, Luis E.; *Concurso aparente de leyes. Hechos copenados*, Santa fe de Bogotá, 1993, p. 93

⁶⁰ REYES ALVARADO, Yesid; *El concurso de delitos*, Bogotá, 1990, p. 138.

que corresponde asignar al hecho imputado”⁶¹. Así la doctrina nacional ha considerado que el enriquecimiento ilícito es un “tipo subsidiario”, descartándose los casos de concurso ideal o real. La doble criminalización, bajo el argumento del concurso ideal o real, contra el mismo funcionario público, por el mismo sujeto, hecho y fundamento conllevaría a una violación flagrante del *ne bis in idem*.

El tema de los concursos según nuestro Código penal (concurso ideal de delitos⁶², concurso real de delitos⁶³, concurso real retrospectivo – modificado por Ley n° 26832 –) es un problema de “aplicación de la pena”. Asimismo, los casos de ficción o unidad jurídica cuando ontológica y naturalmente pueden ser consideradas como varios hechos, el Derecho penal los considera como un solo, a través del delito continuado⁶⁴. Habrá que establecer una regla principal en el

⁶¹ NAKASAKI SERVICÓN, César Augusto; “Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria”, disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Nakasaki1.pdf>.

⁶² El concurso ideal delitos se encuentra regulado en el artículo 48 del Código Penal peruano. Se presenta cuando con un mismo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos (concurso heterogéneo) o de uno mismo varias veces (concurso homogéneo). Sus elementos son: unidad de acción, pluralidad de tipos realizados, unidad de autor. Para la aplicación de la pena en el concurso ideal de delitos se recurre al denominado *principio de absorción*, según el cual se debe imponer únicamente la pena más grave de las disposiciones que concurren, pues se asume que ella se absorbe las penas menos graves. Se pueden aplicar penas accesorias y medidas de seguridad aunque solo si están previstas en algunas de las disposiciones legales en concurso.

⁶³ El concurso real de delitos está regulado en el artículo 50 del Código Penal peruano y existe cuando hay una pluralidad de acciones de un mismo sujeto que constituye a su vez una pluralidad de delitos. Sus elementos son: unidad de sujeto activo, pluralidad de acciones punibles, ausencia de conexión entre las acciones. El tratamiento penal se desarrolla sobre la base del principio de la combinación: absorción.

⁶⁴ El delito continuado que se encuentra regulado en el artículo 49 Código Penal peruano, modificado conforme a la Ley N° 26683 (11 de Noviembre de 1996) que introduce la figura del *delito masa*. El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en el mismo momento o en diversos momentos, pero en análogas ocasiones infringen la misma ley penal, como acciones ejecutivas de una misma resolución. Los requisitos son: objetivamente: pluralidad de acciones jurídicamente, pluralidad de violaciones de la misma ley, existencialmente la realización de acciones en un mismo momento o en momentos diversos. Subjetivamente: identidad de resolución criminal.

El delito continuado es una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia, son actos parciales que deben efectuarse en un mismo bien jurídico, donde el elemento clave será la existencia de una cierta conexión espacial y temporal de cada una de las acciones. En cuanto al aspecto subjetivo del delito continuado éste viene determinado por un único dolo con el que actúa el sujeto, lo que se ha denominado “*dolo conjunto*” o “*dolo global*”, que se deduce cuando el legislador emplea la expresión “*actos ejecutivos de la misma resolución criminal*”. Esto evidencia una ventaja de orden procesal pues el dolo se deduciría directamente de la homogeneidad en la ejecución de los actos particulares. En el

ámbito de las ficciones jurídicas pertenecientes al derecho penal material y su relación con la prohibición de la múltiple persecución penal. Así, con relación al delito continuado no se debe volver sobre la misma imputación (nuevo proceso), incluso en la circunstancia de que los actos descubiertos con posterioridad a la sentencia del anterior proceso hubieran permitido agravar la condena⁶⁵.

La “dependencia” de los hechos continuados obliga a que sean considerados como un solo hecho imputado (unidad delictiva). Por ejemplo, si tenemos en consideración el delito de lesiones corporales inferidas a la víctima, la sentencia por la comisión de éste, no permite atribuirle el homicidio al autor cuando a *posteriori* al decisorio judicial, sucede la muerte de la víctima, ocasionada por las lesiones, lo cual variaría la calificación jurídica y la pena correspondiente. Esta circunstancia no autoriza al juzgador a abrir un nuevo juzgamiento por ese hecho. En suma, la persecución penal en un delito continuado agota las acciones que lo integran, aun cuando no hayan sido conocidas ni debatidas durante el procedimiento, ya que en caso contrario, si debido al descubrimiento de hechos dependientes del principal en el cual ya fue juzgado, éstos fueran perseguidos penalmente, se violaría el *ne bis in idem* como parte integrante del principio del debido proceso.

La regla del *ne bis in idem* no se aplica, sin embargo, cuando el nuevo examen versa sobre una conducta independiente de la que originó el primer proceso. La autonomía de las acciones puede comprobarse mediante la supresión mental hipotética de la idea básica: si la nueva conducta pudo subsistir sin la primera,

plano de las consecuencias jurídicas al considerarse un sólo hecho criminal se aplicará una sola pena. El delito continuado queda consumado con el primer comportamiento parcial, pero no se agota hasta que se realicen todos los demás actos parciales. La prescripción comienza a correr desde la determinación del último acto parcial conforme al artículo 82 del Código Penal peruano que prescribe (inciso 3), desde el día en que terminó la actividad delictuosa. No consideramos que sea un delito permanente porque la acción antijurídica y su efecto necesario para su consumación tiene que mantenerse *sin intervalo* por la voluntad del agente. En cambio, el delito continuado tiene precisamente como criterio esencial la interrupción material de la acción, por lo cual continuidad es puramente ideológica. Por otro lado, sobre las implicancias de la cosa juzgada y *ne bis in idem* en el delito continuado, véase: RAFECAS, Daniel Eduardo; “Administración infiel: delito continuado, cosa juzgada y *ne bis in idem*, en una fallo de la Suprema Corte”, en: Nueva Doctrina Penal, 2002/B, Buenos Aires, p. 587 y ss.

⁶⁵ ACCORINTI, María de las Nieves; “*Non bis in idem: Nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*”, en: Camiña, María Cristina (dir.), Principios de Derecho procesal penal, Buenos Aires, p. 65. Esta autora sostiene que: “Habiendo adquirido firmeza el auto que dispuso una condena, la continuación de las actuaciones implica una transgresión a la regla constitucional que prohíbe la doble persecución penal (arts. 1 y 335 del C.P.P.N.; arts. 18, 33 y 75, antepenúltimo párrafo, C.N.)”

estaremos en presencia de un hecho nuevo, que puede dar origen, legítimamente al segundo proceso. A su vez, para solucionar los problemas inherentes a la determinación del hecho y su identidad, se ha afirmado que el derecho penal establece parámetros definidos. En principio, las reglas sobre concurso de delitos gobiernan la solución. El concurso real o material de hechos punibles, que, a la letra, supone la imputación de hechos independientes, significa, desde el punto de vista que ahora observamos, la posibilidad de una persecución penal múltiple, esto es, la clave para establecer que, si se presenta la necesidad comparativa entre dos imputaciones cuyos objetos hechos punibles- concurren materialmente, debe desecharse la aplicación de la regla estudiada, pues se trata, precisamente, de hechos diversos, o, si se quiere, no se trata de un mismo hecho.

Para los supuestos de delitos permanentes y verificar la identidad de hecho entre la permanencia “jurídica”, habría que recurrir al ejemplo de la asociación ilícita (artículo 317 Código Penal peruano) que supone, precisamente, un acuerdo para una cooperación delictiva de cierta permanencia. Hay que tener en cuenta que si en el primer proceso ya ha recaído una sentencia condenatoria, existirá una “interrupción *jurisdiccional* de la permanencia” propios de los delitos de asociación ilícita. La sentencia tiene el efecto de interrumpir la multiplicación, la continuación o permanencia del delito, agotándolo. Después de ella se hace procedente un nuevo proceso para los *actos posteriores* que cobran vida independiente⁶⁶.

Ahora bien, si un sujeto fue inicialmente condenado por el delito de asociación ilícita, el acuerdo delictivo que realicen los demás miembros de la asociación no se agota con la sentencia condenatoria de uno de sus miembros, sino que la asociación ilícita mantiene su vigencia. Lo relevante aquí es que con respecto al condenado se dará comienzo a un *nuevo delito* de asociación ilícita. “Sostener lo contrario – indica Cafferata Nores – colocaría a quien fue condenado por un delito permanente como el asociación ilícita en condiciones de proseguir en el futuro *impunemente* con su conducta delictiva, pues la condena se transformaría así en una verdadera “carta de impunidad” para la posterior actividad criminal”⁶⁷.

⁶⁶ Véase, en este sentido: DE LA RUA, Fernando; en la voz: “*Non bis in idem*”, de la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XX, Buenos Aires, p. 328 y 329.

⁶⁷ CAFFERATA NORES, “Asociación ilícita y “*non bis in idem*”, cit., p. 302.

6.3 IDENTIDAD DE CAUSA DE PERSECUCIÓN (*EADEM CAUSA PETENDI*). ¿EXISTE IDENTIDAD JURÍDICA ENTRE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES? SOBRE LA PREEMINENCIA DE LA SANCIÓN DEL DERECHO PENAL SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Este tercer requisito es llamado también identidad de fundamento y se refiere a un mismo objetivo final del proceso, un mismo motivo de persecución. Por causa debe entenderse el fundamento inmediato del Derecho que se ejerce. Es la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior. Esto es, que no resulta suficiente la verificación de una identidad de sujeto y de hecho, sino que hace falta una identidad de pretensión (penal) ejercitada. Maier dice que esta identidad equívoca no explica, en verdad, el contenido de lo que se quiere decir⁶⁸. Por eso, éste autor aclara que "...no se trata de establecer una identidad, por comparación, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla, cuando están presentes las identidades (*eadem persona-eadem res*) requeridas por ellas. Significa lo mismo afirmar que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez, a una misma persona y por un mismo hecho"⁶⁹.

Uno de los requisitos que más dudas y confusiones ha causado es el referido a la identidad de fundamento (*eadem causa petendi*). Así, este requisito vendría a confirmar la exigencia de una misma ilicitud, más allá de la mera relación de coincidencia fáctica que pudiera darse entre las infracciones previstas en los respectivos ramas jurídicas. En efecto, la identidad de fundamento podría ser entendida como referente a si la represión del hecho respondía al ejercicio del *ius puniendi* estatal genérico, o por el contrario descansaba en una relación de sujeción especial entre sujeto y la Administración - potestad disciplinaria -.

La identidad de causa se refiere a la identidad de *jurisdicción* de los jueces, en el sentido que ambos examinen un mismo hecho imputado con idénticos poderes-penales (*competencia material*). La *idem causa petendi* indica que las pretensiones penales ejercidas tienen que ser idénticas en su contenido y alcance jurídico-penal, esto es, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo todos sus posibles encuadramientos penales (sea de delito de acción pública como de acción privada)

⁶⁸ MAIER, "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)", cit. p. 444.

⁶⁹ MAIER, Julio; *Derecho procesal penal argentino*, tomo 1, vol. B, 1989, p. 401. Este razonamiento se debe a los supuestos de "sanciones acumulativas" que existen en el terreno del Derecho administrativo sancionador (contravencional y disciplinario) y el Derecho penal material.

por parte de los Tribunales que deben intervenir en ambos⁷⁰. Como lo que no se puede procurar más de una vez (simultáneamente o sucesivamente) es la condena penal de una persona o el riesgo de sufrirla, no existirá esta identidad si la segunda o posterior persecución basada en el mismo hecho contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal (v.gr. indemnización del daño civil causado por el delito)⁷¹. Según Clariá Olmedo, si el proceso feneció porque el Tribunal no estuvo en condiciones de pronunciarse legítimamente sobre el fondo del asunto, el principio – sobre todo en la *causa petindi* – no regirá: incompetencia, archivo por impedimento u otra cuestión dilatoria, paralización por irregularidades⁷².

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1981), “[...] El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

Ahora bien, en la doctrina y la jurisprudencia no existe inconveniente alguno con relación a la aplicación del *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho penal material y procesal. Sin embargo, uno de los puntos más conflictivos con relación al *ne bis in idem* que atañe directamente a la identidad de *causa petindi* es el que se refiere a la prohibición de aplicar a un mismo presupuesto fáctico una pena criminal y una sanción administrativa. La pregunta sería si: ¿Existe alguna “identidad” entre ambas sanciones o tiene diferente fundamento sancionatorio?, ¿Será distinta la situación cuando se produce la aplicación de una doble sanción, administrativa y penal, aún existiendo identidad de sujeto, hecho y fundamento?. En primer lugar, vayamos por parte.

⁷⁰ CAFFERATA NORES; “Asociación ilícita y “*non bis in idem*”, cit., p. 301.

⁷¹ CAFFERATA, NORES; “*Garantías y sistema constitucional*”, cit., p. 148 y 149.

⁷² CLARIÁ OLMEDO, 1998, p. 74. DONNA, Edgardo Alberto / MAIZA, María Cecilia; *Código procesal penal y leyes complementarias* (comentado, anotado y concordado), Buenos Aires, 1994, p. 8.

Una de las frases más características de nuestras legislaciones donde se evidencia la doble sanción (administrativa y penal, ya sea paralela o sucesiva) al infractor es que la sanción penal se aplica “*sin perjuicio de...*” de otras consecuencias jurídicas extra-penales. Así, la doble vía penal-administrativa sancionadora se deriva por ejemplo del artículo 314 del Código Penal que provoca problemas en función a la posibilidad de subsunción positiva de los comportamientos desvalorados (artículo 304 y 305 del Código Penal) en normas jurídicas administrativas y penales. No podría soslayar el codificador penal de 1991 a la hora de positivizar la medida suspensiva en el artículo 314^o, que tienen relación con un conjunto de medidas preventivas en leyes extra-penales. Así, se prescribe que la medida cautelar o la consecuencia accesoria derivada del delito se impondrán: “*...sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental*”. Esto guarda relación con el artículo 117 del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales que sostiene: “La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente, es *independiente* de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse de los mismos hechos”.

Asimismo, el artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores española en relación al delito de información privilegiada tiene dicho que: “El ejercicio de la potestad sancionadora, claro esta, *será independiente* de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se este tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento sancionador quedara suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial penal. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento”. Este artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores de España admite que un mismo hecho sea castigado en la orbita penal y en la administrativa con lo que se estaría vulnerando flagrantemente el *ne bis in idem*, esto es, constituiría una evidente infracción de este principio el que se admitiera la compatibilidad y concurrencia de sanciones por la comisión u omisión de un mismo ilícito definido en el ámbito administrativo y penal⁷³.

En virtud de ello existe unanimidad de criterio, que los principios generales del ordenamiento penal (entre ellos el *ne bis in idem*) también son de

⁷³ Véase, también en este sentido: GOMEZ INIESTA, Diego; *Sanciones administrativas y penales*, en: II Congreso Internacional de Derecho Penal, Consecuencias jurídicas del delito, Lima, 1997, p. 236. REYNA ALFARO, Luis; *Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Lima, 2002, p. 222.

aplicación irrestricta para el campo sancionatorio extra-penal⁷⁴. A mi entender esta situación cobra actualidad por dos motivos: en primer lugar, por la proliferación de conductas que caen dentro del rubro “Derecho penal económico y de la empresa⁷⁵” antes tutelado principalmente por el Derecho administrativo (sancionador). En segundo lugar, porque el Derecho contravencional (que en países como el Perú la contravención es sinónimo de faltas y su desarrollo es todavía “embrionario”, caso contrario de lo que sucede en Alemania o en la Argentina donde existe un Código contravencional, donde el sistema sancionatorio de éste resulta sumamente preocupante); el Derecho de medidas disciplinarias y hasta el mismo Derecho administrativo sancionador contiene dentro de sus fundamentos – poseen un Derecho material y procesal – sanciones o medidas de equivalencia “punitiva” al Derecho penal: un ejemplo palpable de esto es el concepto de *multa* penal y administrativa.

Como ha proclamado el Tribunal Constitucional “...el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal – en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. – que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...” (Sentencia del Tribunal Supremo 2/1981). Posteriormente, se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues “...semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho

⁷⁴ Véase, en este sentido: BUSTOS RAMIREZ, Juan; *Obras Completas*, tomo I, Derecho Penal, Parte General, Lima, 2004, p. 550. Este autor apunta que “Tiene también especial repercusión en el ámbito del llamado Derecho Penal administrativo, pues si bien es evidente que un mismo hecho no podría tener una pena administrativa y otra penal criminal, sin embargo, es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación del *non bis in idem*”.

⁷⁵ En este punto del Derecho penal de la empresa, véase: MEINI, Iván; *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, 2003, p. 76 quien sostiene que si bien el límite viene definido por el principio *non bis in idem*, cuestión distinta es que la sanción administrativa se aplique a la empresa, en cuyo caso no cabe si siquiera plantear la posibilidad de vulnerar el *non bis in idem*, habida cuenta de la falta de identidad de sujetos pasivos de la infracción. Esto será frecuente – dice este autor – en los supuestos de culpa *in vigilando*. CARO CORIA, Dino Carlos; *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Lima, 2002, p. 60 Este autor anota que la tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera el principio de *ne bis in idem*.

a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado...” (Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1987 y 77/1983)⁷⁶.

El *ne bis in idem* supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribela compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre “...la identidad de sujeto, hecho y fundamento...” que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige este principio para ser apreciado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera dos cosas distintas una *sanción diferente* en primera y segunda instancia administrativa que una *doble sanción* por el mismo caso. En otras palabras, si hay dos sanciones distintas en dos instancias administrativas dentro del mismo procedimiento no se incurre en violación del principio *ne bis in idem*, porque es el mismo procedimiento sancionatorio y la doble instancia está debidamente regulada.

En efecto, la identidad sustancial del principio *ne bis in idem* de las infracciones/sanciones administrativas, y las infracciones/sanciones penales debe fundamentarse de manera más inmediata en el principio de proporcionalidad. Al respecto Rodas Monsalve dice que este “...principio, que interesa a todos los sectores del derecho público, impone un límite general de actuación del Estado

⁷⁶ En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 177/1999 de 11.10.1999 ha señalado lo siguiente: “En aquella Sentencia – o sea la STC 77/1983 –, que sintetizó los criterios fundamentales que habían sido alumbrados por los primeros pronunciamientos de este Tribunal sobre esta materia, y en particular sobre el principio *ne bis in idem*, se señaló que la Constitución impone unos límites precisos a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Junto a los que consisten en la legalidad, la interdicción de privaciones de libertad y el respeto a los derechos de defensa, se subrayó «la subordinación a la Autoridad judicial». Dicha subordinación conlleva distintos aspectos, destacados en la STC 77/1983, fundamento jurídico 3. Pero todos ellos se basan en la misma idea esencial: “La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera”. Lo que lleva a cabo la decisión de la mayoría es, cabalmente, lo contrario: Impedir la actuación de la jurisdicción penal, desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa. Al blindar ante la ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal. Resultado que rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución”.

en el sentido de adecuar y circunscribir sus comportamientos a consideraciones racionales respecto de los fines que se buscan, de manera que si respecto de los fines preventivos del sistema punitivo son “autosuficientes” las sanciones administrativas, aplicar otra sanción sea penal o administrativa significa una “sobre-reacción” del Ordenamiento Jurídico, que está infligiendo a un sujeto un “mal” sobre sus bienes mayor o descompensado con respecto al incumplimiento del mandato jurídico”⁷⁷.

Como es sabido, en los últimos años el principio del *ne bis in idem* ha sido objeto de preocupación por parte del legislador peruano por darle algún tipo de encuadramiento jurídico, sobre todo en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que es donde dicho principio encuentra su mayor dificultad de aplicación. Así mediante el Decreto Supremo 008-2005-PCM de 24 de Enero de 2005 se aprobó el Reglamento de la Ley de Gestión Ambiental, que en su artículo 89 establece que: “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena una *sanción administrativa* por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”. De la misma manera la Ley 28611 de Ley General del Ambiente, publicada el 15 de Octubre de 2005, en cuyo artículo 141 inciso 1 menciona que: “No se puede imponer sucesiva o simultáneamente más de una *sanción administrativa* por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio de que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes”.

En este punto, Zaffaroni/Alagia/Slokar entienden, en principio, que el principio procesal *ne bis in idem* y la prohibición de doble punición se hallan íntimamente vinculados, pero no coinciden en cuanto a su alcance: el primero opera aunque no haya habido punición, y el segundo también en casos en que el primero no se halla formalmente comprometido⁷⁸. Estos autores sostienen que “...cuando la administración – y a veces las personas jurídicas- imponen penas, tratándose de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo ni de

⁷⁷ RODAS MONSALVE, Julio César; *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, p. 112.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002, p. 133. Además, sostienen que sería un caso de “doble punición” si se “...trata de las personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con cultura diferenciadas, tiene en su propio sistema de sanciones y de resolución de conflictos. Cuando una persona haya sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece, el estado no puede imponerle una pena o, al menos, de computar la pena comunitaria como parte de la que pretende imponerle, pues de otro modo incurriría en doble punición”.

coacción directa, pero que conforme a los *elementos negativos del discurso penal* no son considerados penas. Suele tratarse de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones. Con frecuencia son más graves que las penas de la ley manifiestamente punitiva y se imponen fuera de los límites del derecho penal, por lo cual su exclusión del discurso penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional y que, además, se suma al poder punitivo manifiesto, que no toma en consideración la privación punitiva excluida de su ámbito discursivo”.

Según el Tribunal Constitucional peruano son hechos independientes la aplicación de una sanción administrativa y de una penal, porque, si bien hay identidad de sujeto y hecho, no hay identidad de fundamento. Ello puede significar que haya absolucón penal, pero que se mantenga la sanción administrativa. Esta es la línea jurisprudencial prevaleciente en los últimos fallos del Tribunal Constitucional⁷⁹. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, (Expediente N° 1859-2003-AA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2003) en el caso “Edgar Puerta Valdivia” en el punto 5 señala lo siguiente: “No evaluaremos en abstracto la constitucionalidad de la norma cuestionada, sino solamente si en el caso concreto vulnera o amenaza algún derecho fundamental. El principio *non bis in ídem*, en su vertiente material, impide imponer doble sanción cuando se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. En el caso de autos, el recurrente fue sancionado en dos oportunidades: por falsificación de documentos y por insulto al superior, imponiéndosele las correspondientes sanciones. Se observa que se presenta la identidad de sujeto [por ser la misma persona sancionada] y de hecho, al motivar una misma infracción una doble sanción, la primera por el hecho mismo, y la segunda por el hecho de haber sido sancionado. Sin embargo no ocurre lo mismo con la identidad de fundamento. Las sanciones impuestas, en primer lugar pretenden proteger la fe pública y el respeto de la disciplina en los institutos armados, respectivamente. El pase al retiro, consecuencia de estas sanciones, opera como una consecuencia accesoria, cuyo fundamento no es la sanción de los hechos cometidos, sino simplemente separar de la institución a quien los haya cometido, a fin de preservar el principio de disciplina constitucionalmente garantizado a la Policía Nacional del Perú. De modo general, es totalmente lícito que las entidades separen de sus filas a quienes hayan sido sancionados por infracciones penales o administrativas cuya

⁷⁹ Véase, en este mismo sentido: RUBIO CORREA, Marcial; *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, 2005, p. 368.

naturaleza sea incompatible con el cargo desempeñado, sin que esto signifique aun vulneración del *ne bis in ídem*".

Asimismo, Roxin sostiene que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones, sino que la diferencia es predominantemente de tipo cuantitativo, pero en algunas situaciones, dice este autor, se sería más bien hablar, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa⁸⁰. Estas cuestiones tienen especial relación con el principio de la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo, la misma que no debe ser absoluta, de modo que el ilícito penal quedase constituido por la mera infracción de las normas administrativas, sino que entre ambos ordenamientos se da una relación de subsidiariedad relativa, ya que la previa infracción administrativa es condición necesaria pero no suficiente de la punibilidad de un comportamiento⁸¹.

Entonces, cuando nos preguntábamos si existe alguna posibilidad de aplicar la "doble" sanción existiendo la "triple" identidad, diremos que hay quienes sostienen desde un punto de vista restrictivo que son diferentes la búsqueda de una sanción disciplinaria-administrativa de la búsqueda de una sanción penal⁸². Creo que existe un único fundamento sancionador en

⁸⁰ Véase: ROXIN, 1997, p. 72 y 73. Similar: JAKOBS, Günther; *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, p. 68 y 69.

⁸¹ La sanción penal exige, además, constatar un "plus" de antijuridicidad, por vía de un mayor *desvalor* de acción o de resultado, capaz de diferenciar el ilícito penal de la mera infracción administrativa. La Constitución Española (artículo 45) prevé sanciones penales, "*o en su caso administrativas*" para la protección del medio ambiente. En realidad ambos tipos de sanciones coexisten sobre la misma materia y conforman una protección global complementándose y reforzándose mutuamente: la norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora. En cambio, la norma penal se reserva, como lógica consecuencia del principio de intervención mínima, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por la mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la administrativa. El criterio de la gravedad es el mayoritariamente aceptado hoy como distinción entre la sanción administrativa y la penal, o entre los ilícitos administrativos y los penales cuando afectan a un mismo bien jurídico. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 77 / 83, de 3 de octubre, referida a la potestad sancionadora de la administración en relación con el principio *non bis in ídem*, señala cómo "*en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración*", reconociendo a continuación que tal sistema no es, sin embargo, viable ni conveniente, entre otras razones "*por no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor*".

⁸² En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZABAL MALARÉE, 1997, p. 68. Estos autores sostienen lo siguiente: "...sin embargo es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del

esta supuesta “doble” sanción. “Si el objeto del proceso – anota Binder – la aplicación de una sanción, como respuesta del Estado a algo que ha calificado como infracción a la ley, no debe distinguirse si tal respuesta reviste el carácter de una sanción contravencional de una sanción por un delito o de una sanción disciplinaria”⁸³. Habría que mencionar, pues, la publicación del 11 de Abril del 2001 de la Ley de procedimiento administrativo general, que en su artículo 230 numeral 10 prescribe lo siguiente: “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Así también el nuevo Código Procesal Penal de julio del 2004 en el Título Preliminar, artículo III prescribe que 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 procesales. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. Por último, el Anteproyecto del Código Penal, Parte General (artículo IX) dispone que: “Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

Estas normas, que de alguna manera revoluciona y soluciona todo este escabroso tema en nuestro Derecho positivo, suponen que una misma persona no puede ser sancionada, penal o administrativamente, dos veces por los mismos hechos. En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionatoria de la Administración debe subordinarse siempre a la de los Tribunales de justicia, luego que aquélla no puede actuar mientras no lo hayan hecho éstos, es decir, “pendencia del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismo hechos” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 152/2001). Se quiere evitar así, no ya que se produzca una doble incriminación, sino también que “recaigan eventuales pronunciamientos de

hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación al principio del *non bis in idem*. Así, la sanción en un sumario administrativo de dar de baja de la Administración civil a un funcionario por haber utilizado en su provecho bienes públicos, no obsta a la sanción penal de privación de libertad por malversación de caudales públicos. Por otra parte, la multa impuesta a una persona por pasar con luz roja no obsta a la pena por el hecho de haber lesionado a una persona en tal ocasión”. ALCOCER POVIS, Eduardo; “Apuntes críticos a la regulación de los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en casos de delitos económicos y el principio del *ne bis in idem* en el nuevo Código procesal penal peruano”, en: El nuevo procesal penal, Lima, 2004, p. 56 y ss., para quien la imposición de las sanciones administrativas y penales sólo procede en los casos de “concurso real de infracciones”. En esta línea: REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Derecho penal bursátil. El Delito de abuso de información privilegiada*, Lima, 2002, p. 115 y ss.

⁸³ BINDER, 1999, p. 173.

signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos - penal y administrativo sancionador- atribuidos a autoridades de diverso orden” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 177/1999). Asimismo, como expresa Silva Sánchez, en los casos de *delitos especiales propios* (funcionarios públicos) el Tribunal penal español ha establecido que si se ha tenido en cuenta para la determinación de la sanción penal la condición funcional del sujeto responsable, en tal supuesto (a diferencia de los delitos cometidos por funcionarios públicos en bienes jurídicos que están “fuera” de la administración pública) se entiende que la norma penal y la norma administrativa-disciplinaria protegen el mismo interés, con lo que no pueden imponerse acumulativamente⁸⁴.

Se establece, entonces, un criterio de exclusión de la sanción administrativa por jerarquía cualitativa-cuantitativa de la sanción penal. Asimismo, si a una persona natural, se le sigue procedimiento administrativo sancionador por una determinada infracción, no es posible instaurar, por el mismo hecho, proceso penal en tanto se mantenga en curso del procedimiento administrativo sancionador. Desde de esta perspectiva, lo que ha hecho el legislador en las respectivas normas aludidas, es acoger las ideas dominantes del Derecho comparado (doctrina y jurisprudencia), que siguen el paradigma de la unificación. Según este paradigma, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no hay diferencias cualitativas sino identidad sustancial: es decir, identidad entre el ilícito administrativo y el ilícito penal⁸⁵. Además que tanto el poder sancionador penal como el administrativo son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado⁸⁶;

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; “Observaciones sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho penal en España”, en: *¿Más Derecho?*, número 2, Diciembre, 2001, Buenos Aires, p. 177.

⁸⁵ SUAY HERNÁNDEZ, Celia; *Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador*, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 7 / 8, Lima, 1999, p. 919.

⁸⁶ Véase, SAN MARTÍN CASTRO, César, en: San Martín Castro/ Caro Coria/ Reaño Peschiera; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2002, p. 376, quien establece “...que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales; esta unidad sustancial del ordenamiento punitivo del Estado (entre ilícito administrativo y penal, y entre sanción administrativa y penal, que son manifestaciones del *ius puniendi* estatal), reconoce empero que existe una subordinación de los actos administrativos a de imposición de sanciones a la autoridad judicial penal en una perspectiva procesal [...], de suerte que en caso de colisión ésta se resuelva a favor de la jurisdicción penal”. Asimismo: REYNA ALFARO, Luis; Miguel; “Derecho penal económico, Derecho administrativo sancionador y la nueva Ley del Procedimiento administrativo general”, en: *Actualidad Jurídica*, tomo 93, agosto, 2001, p. 45 sostiene que “El principio “*non bis in idem*” administrativo antes descrito, deja sin desarrollar los pasos que debe seguir la

a partir de la vigencia del principio de la *unidad del derecho sancionador* que es un principio casi universalmente reconocido⁸⁷.

Se trata en definitiva, de una misma naturaleza punitiva. El derecho administrativo sancionador responde a una misma exigencia punitiva del Estado. La *causa petendi* es una cuestión más debatida dentro del ámbito de identidades que debe manejarse para el amparo del principio del *ne bis in idem*. Ahora lo que pasa con la litispendencia es que todavía no se ha materializado la potestad punitiva de Estado, todavía no hay sanción que defina la situación jurídica del imputado. Lo que existe es un proceso penal abierto en contra de una persona en forma paralela, pero nada más. La pregunta sería: ¿Hay litispendencia cuando existe un proceso penal y un proceso administrativo llevado a cabo contra la misma persona?. En el derecho penal peruano la discusión se ha cerrado en cuanto a la duplicidad de sanciones jurídicas en el ámbito penal y administrativo, optándose por la prevalencia de la primera, pero no se ha tocado el tema de los procesos que precisamente llevan al riesgo de la doble sanción jurídica. Si se ha llegado a la conclusión legislativa que tanto la sanción penal y la administrativa forman parte de una sola potestad punitiva del Estado, con mucha mayor razón el procedimiento en ambos supuestos también

administración frente a la existencia de causas idénticas; no obstante, es evidente que será siempre la administración la que debe ceder frente a la intervención punitiva estatal". BORINSKY; "*Principio "non bis in idem"*". *Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos*", disponible en: ELDial.com DC5C4.

⁸⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S.; "*Ne bis in idem procesal*", en: Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, CGPJ, Madrid, 1992, p. 18. MEINI, 2003, p. 79 y 80, aunque señala más adelante (p. 89) que no se puede concebir un traspaso "en bloque" de todos los principios y garantías que inspiran al Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, puesto que ello significaría, por un lado, negar la posibilidad de que éste último alcanzaría sus objetivos al condicionar su ejercicio a formalidades y garantías que le son incompatibles y, por otro lado, y a modo de complemento de lo anterior, que no habrían diferencias entre uno y otro. De igual manera: DE LEÓN VILLALBA, Francisco; "*La garantía del ne bis in idem y el derecho penal económico*", en: Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal, PUCP, Semestre 2005-2, Lima, sostiene que: "...la concepción unitaria del *ius puniendi* impide una dualidad sancionadora, puesto que de lo contrario se estaría ejerciendo dicha potestad de forma reiterada. Esto, en la práctica histórica, se ha traducido unidireccionalmente en la prohibición de realizar un doble procedimiento como única vía de evitar esta duplicidad, puesto que se carecía de una construcción del ilícito que permitiera establecer la gravedad del daño y la consecuente proporción en la respuesta sancionadora. En la actualidad, la estructura del ilícito posibilita la valoración de la antijuricidad y culpabilidad del hecho, lo que permite aportar elementos de juicio suficientes para, sobre la misma idea de justicia, establecer sanciones adaptadas al caso concreto y regular los límites de las consecuencias afflictivas en aquellos supuestos en los que se ha llegado a producir la duplicidad de procedimientos sancionadores".

sean considerados con una sola finalidad, es decir, que responde a una misma naturaleza punitiva.

Como hemos visto de uno los sectores jurídicos donde debe reinar una correcta coordinación legislativa (sobre todo en el ámbito de sanciones penales-administrativas) y además una coherente “re”-distribución de los campos de protección de los bienes jurídicos en juego, es en el Derecho penal económico – y de la empresa – en su concepción más amplia. De ahí que el *ne bis in idem* en su inicial aseveración “no dos veces sobre lo mismo” no puede ser considerado como un mero instrumento axiológico más, sino como una de las piezas claves en el nuevo tejido en el sistema sancionador peruano. El efecto principal del principio en estudio es, reiteremos, brindar seguridad jurídica al ciudadano de que lo ya tratado no va a volver a serlo de nuevo, solapando la inseguridad de un posible sometimiento a un nuevo pronunciamiento de lo ya satisfecho en vía administrativa o penal. Por eso una de las soluciones sería: que el órgano sancionador administrativo debe dejar paso a una previa actuación judicial-penal, de forma que concluida ésta a través de sentencia o sobreseimiento firme, su resultado determine la prosecución y actuación de aquel. En tal sentido, resulta importante destacar por ejemplo la propuesta del profesor español De León Villalba⁸⁸, que son básicamente dos alternativas:

- a) Si la decisión penal es una sentencia condenatoria queda totalmente proscrita la posibilidad de sancionar de nuevo administrativamente tal conducta y, por supuesto, la constatación de la unidad de requisitos impediría la continuación o apertura de un nuevo procedimiento;
- b) 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 que éste se substancie a partir de los hechos que el Tribunal haya considerado como probados, lógicamente, dejando a salvo de ésta 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 la continuación o iniciación del expediente sancionador administrativo.

⁸⁸ DE LEÓN VILLALBA, Francisco; “La garantía del *ne bis in idem* y el derecho penal económico”, en: Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal, PUCP, Semestre 2005-2, Lima.