

## CONCURRENCIA DE SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS

### INTRODUCCION.-

El principio ne bis in idem o nom bis in idem no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución Política del Perú, pero los Convenios Internacionales que el Perú ha suscrito conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, integran el ordenamiento jurídico peruano, reconocen el principio del ne bis in idem. Tal es así la cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. También, la cláusula 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos expresa 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 la ley y el procedimiento penal de cada país”. Adicionalmente se interpreta el artículo 139° inciso 13° de la Constitución Política del Perú que dice: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)”; principio que según el Tribunal Constitucional en el Exp. 2050-2002-AA/TC, en su sentido material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, por la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución; pero también tiene vinculación con el debido proceso.

Es así que en la legislación especial la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General en su artículo 230.10 respecto al non bis in idem señala: “No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7”.

Similar deficiencia existe en la legislación española donde el principio del ne bis in ídem no está expresamente definido, aunque si existe un reconocimiento implícito en el Art. 25.1 de la Constitución de España “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nro. 177/1999 nos recuerda el tránsito evolutivo que ha tenido el principio non bis in idem dentro del Estado Constitucional de Derecho:

“...que, desde la STC 2/1981, ha sido considerado como parte integrante del derecho fundamental al **principio de legalidad en materia penal y sancionadora** (art. 25.1 CE). 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’. Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3º), 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 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 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto). 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 art. 25.1 de la Constitución 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 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 ne 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...”(resaltado nuestro)

Posteriormente afianzando su importancia en la Sentencia de este mismo órgano Nro. 2/2003 precisa que la limitación de la potestad sancionadora del Estado es condición de legitimidad de su ejercicio en el Estado de Derecho, en el que la libertad es uno de sus valores superiores y la seguridad jurídica uno de los principios configuradores del mismo.

Hasta aquí queda clara la importancia del principio en ambos sistemas, ya no solo como principio de la función jurisdiccional sino como derecho fundamental<sup>1</sup>, ya sea como parte del debido proceso, presunción de inocencia, principio de legalidad, proporcionalidad o seguridad jurídica. Como señala Francisco Javier de León Villarán<sup>2</sup>: la diversidad de efectos deducidos de dicho concepto provoca a su vez, que la idea de seguridad jurídica deba ser entendida desde varias perspectivas en justa correspondencia con los principios que la recogen, de manera que la vertiente material debe entenderse desde la conjunción de los principios de legalidad,

---

<sup>1</sup> Schmidt-Assmann Eberhard, Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática, Marcial Pons, 2003 Madrid Barcelona, pag. 71 “Los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación”. Con mayor razón los derechos fundamentales se constituyen en verdaderas barreras de contención del ius punendi del Estado en el Derecho Penal, que por excelencia le corresponde la función de sancionar como medio de control formal más severo.

<sup>2</sup> De León Villarán Francisco Javier, Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1998, pág. 446

proporcionalidad, mientras que la procesal queda vinculada a la propia idea de seguridad en las relaciones procedimentales en estado puro, garantizando que el sujeto no va a ser sometido a la carga de sufrir varios procesos por la misma conducta, lo que guarda íntima relación con el instituto de la cosa juzgada y algunos otros en el ámbito procesal.

Ahora, teniendo claro que estamos ante un derecho fundamental, es necesario determinar cuando se produce la vulneración de su contenido y cuando es posible una concurrencia de sanciones, para ello recurrimos nuevamente a la jurisprudencia:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 de 16 de enero, en su Fundamento Jurídico 3º afirma que el principio *non bis in idem* "se concreta en la regla de la preferencia o procedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal". De este modo, puede decirse que la potestad penal tiene preferencia frente al procedimiento administrativo de carácter sancionador.

Al respecto señala el tratadista Alejandro Nieto, al comentar el Derecho Administrativo Sancionador español, que la coexistencia paralela de dos potestades sancionadoras –la penal y la administrativa- no constituye, por lo demás, novedad alguna en el Derecho español, puesto que siempre ha sido así. La constatación de la existencia de estas dos potestades paralelas ha admitido dos interpretaciones muy diferentes: o bien se trata de dos potestades independientes y con igualdad de rango o bien la judicial es originaria y de ella se deriva la administrativa con rango complementario y hasta auxiliar. La primera postura es la tradicional, mientras que la segunda aparece mucho más recientemente, al calor de un sector de la doctrina (encabezado por García de Enterría), y ha sido acogida por el Tribunal Constitucional como antes por el Supremo: “de modo originario el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad estatal de castigar corresponde a los Tribunales de Justicia según preceptúa el artículo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde no se contraponen Jurisdicción a Administración en punto a posibles facultades de represión punitiva sino Jurisdicción ordinaria a Jurisdicciones especiales y sólo en un ámbito limitado y complementario, en función de hacer viables los principios de autoridad y ejecutividad, la ley penal admite compatibilidades con fuentes administrativas de sanción ... con lo cual la potestad

reglamentario de la Administración ...no implica potestad originaria de castigar” STS 2 de noviembre de 1981; Ar. 4720; Botella.

La inclusión de una subordinación a los Tribunales penales –si se admite tal extensión- ha de tener un alcance completamente diferente, dado que la eventual subordinación no operaría ya en el ámbito del control a posteriori sino, de manera mucho más tenue, en el del *nom bis in idem*. Dicho con otras palabras: la potestad administrativa sancionadora no está en modo alguno subordinada materialmente a la potestad punitiva penal aunque, desde una perspectiva procesal, su ejercicio aparezca condicionado por el ejercicio previo de la potestad punitiva jurisdiccional.

El mismo autor siendo que en el sistema español, asentado sobre una separación rigurosa de poderes de corte francés, los Tribunales ordinarios (penales) en modo alguno deberían incidir sobre la esfera administrativa, cuyo control está reservado a los Tribunales contencioso-administrativo, de acuerdo con un compromiso sellado el siglo XIX y que parecía intangible. Vistas así las cosas, la subordinación de la actividad administrativa sancionadora a la Jurisdicción distinta de la contenciosa administrativa implica una ruptura de tal compromiso, que ha de provocar además un enfrentamiento entre el Juez contencioso que es el señor natural de la Administración, y el Juez penal, que es un intruso al que sólo las dificultades se la puede asignar un lugar dentro del sistema.

Es muy probable que esta situación, heredada del siglo pasado, sea consecuencia de la trasposición parcial que se ha hecho en España del sistema francés. En Francia, como a partir de la Revolución las potestades sancionadoras pasaron íntegramente a los Jueces, la actuación del Juez penal era obvia. En España en cambio, fueron retenidas en manos de la Administración; pero a la hora de establecer una subordinación se acudió por mimetismo al modelo francés del Juez penal sin percatarse de la incongruencia que esto suponía para España<sup>3</sup>.

Por su parte Roberto Bergali<sup>4</sup> ahonda en este punto de discusión que sobre el consenso es que se ha elaborado la idea del control social de la sociedad, en contraste con un control social del Estado. A este último subyace, una naturaleza política. Esta afirmación incluye la doble vestimenta de máximo ordenamiento jurídico normativo de una sociedad, y de aparato

---

<sup>3</sup> Nieto Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid 2005, páginas 93 a 94

<sup>4</sup> Bergali Roberto, Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 41

legislativo, administrativo, judicial y militar que tal ordenamiento elabora, imponiéndose a la población si bien sobre la base de un mínimo de consenso. Con este consenso el Estado se defiende por medio del uso de la fuerza, de la cual se reserva su monopolio mediante la ley, sea esto considerado más o menos legítimo por la mayoría de la población. Sin entrar en la disquisición de considerar al Estado como un instrumento de dominio de una clase o más clases sobre las demás —común a Karl Marx y Frederíc Engels—, ni en las definiciones funcionales que presentan al Estado como un instrumento de defensa del orden social, lo cierto de esta tradición de estudios sociológicos sobre el Estado es que ella ha servido para justificar el empleo de la violencia legítima a través de ciertos aparatos predispuestos a tal fin. En la evolución de una teoría del Estado moderno y en el último desarrollo de los Estados constitucionales de derecho, esa violencia legítima únicamente puede ser ejercida en aplicación de un sistema penal.

Al margen de la justificación de legitimidad de este mecanismo de control social y ante la inoperancia del sistema en su conjunto se ha postulado la despenalización de las conductas y de propender a soluciones alternativas para la protección adecuada de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, y una de esas alternativas es precisamente el Derecho administrativo y por ende se comparte el *ius punendi* del Estado y por tanto la Administración se encuentra facultada para sancionar. Así los sostiene en nuestro medio la Sentencia de la Corte Suprema número 86-97 del 22 de octubre de 1999 que dice: “Tercero: Que en primer lugar es válido concebir que el poder punitivo del Estado se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras, la penal y la administrativa, pues en ella subyace un elemento común consistente en el mandato imperativo de la Ley que recae sobre cierta conducta del sujeto que la infringe, en búsqueda de la sana convivencia social que resulta siendo la aspiración última del Estado”; siguiendo esta línea tenemos que determinar en qué casos el principio bajo estudio constituye un límite a ese poder.

En las resoluciones ya citadas es de común la exigencia de la triple identidad para sostener que nos encontramos ante una vulneración al principio o ante concurrencia de sanciones; pero es necesario resaltar otro elemento adicional, para lo cual citamos la Sentencia 2/1981 del Tribunal Constitucional Español del 30 de enero, en su Fundamento Jurídico 4º establece que: "el principio general del derecho conocido por *'non bis in idem'* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento **sin existencia de una relación de**

**supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.-** que justificase el ejercicio del '*ius puniendi*' por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración" (resaltado es nuestro). Lo que significa que además de verificar la triple identidad se recurre a un requisito adicional que es la relación de sujeción especial, que se comentará más adelante.

Adicionalmente en la Sentencia 48/2007 de 12 de marzo del mismo Tribunal se dice en su Fundamento Jurídico 3º que "por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado".

La Sentencia 234/1991 del Tribunal Constitucional dice en su Fundamento Jurídico 2º que: "no baste simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera el principio *non bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado"

Además "para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección".

Esta sentencia añade dos requisitos además del vínculo especial entre el ciudadano y la Administración para que no haya vulneración del *non bis in idem* cuando exista un caso en el que un sujeto, que teniendo una relación de sujeción especial con la Administración Pública, sea doblemente sancionado:

- a) Que el interés jurídicamente protegido sea distinto: Es decir que la finalidad de cada sanción debe ser distinta en función ya sea del bien jurídico que cautela el Derecho penal

o el interés jurídico que fundamenta la sanción administrativa. Pero ello resulta cuestionable toda vez que la función administrativa dentro del Estado determina el interés jurídicamente protegido; mientras que el Derecho penal en función a los principios de lesividad y peligrosidad seleccionará los bienes jurídicos que serán objeto de protección y por principios de intervención mínima (En virtud del principio de mínima intervención, el Derecho Penal protege únicamente los bienes jurídicos más importantes frente a las formas más graves de agresión<sup>5</sup>), subsidiariedad (El Derecho Penal tiene una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás ramas del Derecho, es decir, cuando la protección otorgada por las demás ramas del Derecho no satisface en su totalidad a las necesidades de prevención y motivación de la política criminal<sup>6</sup>. En este sentido, deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social<sup>7</sup>.) y fragmentariedad (el carácter fragmentario del Derecho penal implica la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a las conductas más lesivas a los mismos), parece en una triple forma: a. defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, b. tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento Jurídico se considera antijurídico, c. dejando sin castigo las acciones de naturaleza puramente civil) del Derecho penal también seleccionará las conductas que socialmente se considera más relevantes para ser sancionadas, por ello que no puede existir igualdad o similitud de interés jurídicamente protegido, si esto es así en base a este requisito se encuentran justificadas todas las sanciones penales y administrativas concurrentes.

- b) "Que la sanción sea proporcionada a esa protección". En este caso también queda una duda con la conclusión precedente cuándo resulta proporcionada la protección.

Retornando a la denominada sujeción especial el Tribunal Constitucional 132/2001 de 8 de junio, "de las denominadas 'relaciones especiales de sujeción' también conocidas en la doctrina como 'relaciones especiales de poder' se ha ocupado ya este Tribunal en anteriores ocasiones, no ocultando que, como se dijo en la STC 61/1990, FJ 6, la distinción entre relaciones de sujeción

---

<sup>5</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal Parte General; Edit. Tirant lo blanch; Valencia; 1993; pág. 71.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal Parte General; Edit. Tirant lo blanch; Valencia; 1993; págs. 74-76

<sup>7</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, Barcelona, 1998, pág. 90

general y especial es en sí misma imprecisa. Es más en el voto particular disidente de la sentencia 132/2001 sostiene que: “La categoría dogmática de las relaciones especiales de poder o de sujeción, para referirse a situaciones jurídicas de los particulares distintas de la relación general de supremacía que caracteriza —a reserva, claro está, de los intangibles derechos fundamentales de la persona— la situación de los administrados con respecto a los poderes públicos, no deja de ser un concepto doctrinalmente discutido. Por supuesto, está expresamente reconocida en nuestra jurisprudencia y basta la cita de nuestras SSTC 74/1985 y 2/1987, de acuerdo con las cuales un interno de un centro penitenciario está, respecto de la Administración penitenciaria ‘en una relación de sujeción especial de la que deriva una potestad sancionadora disciplinaria’ por lo que no infringe el art. 25.1 CE” y agrega que a iguales conclusiones se puede llegar si se prescinde del concepto de sujeción especial”.

Del igual manera la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nro. 26/2005 del catorce de febrero del 2005 indica que: “La existencia de esta relación de sujeción tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos quedan despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tiene vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación”.

Para Rueda Borrero<sup>8</sup> esta situación ha sido muy cuestionada en doctrina, por un lado ante la falta de criterios claros para indicar que situación es una relación especial de sujeción y así posibilitar el ejercicio múltiple y reiterado del ius puniendi; y por otro lado, el principio ne bis in idem se postularía en la práctica como una garantía plena para los particulares y parcial en el caso de funcionarios y servidores públicos; y en efecto no resulta conveniente considerar la identidad de fundamento como identidad de bien jurídico, lo cual nos conduce a interpretaciones amplias y

---

<sup>8</sup> Rueda Borrero Alex Michael, La identidad de la causa de persecución en la manifestación del principio ne bis in idem, Actualidad Jurídica T. 173 Lima 2008 pág. 125.

vagas, que llevan a justificar indebidamente excepciones como las relaciones de sujeción especial.

La Corte Suprema de la República del Perú en el R.N. 2090-2005-Lambayeque dice “... que el principio ne bis in idem material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada ‘prohibición de exceso’, esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido [de] injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido [a] que sólo puede sancionar conductas que se encuentra tipificadas previamente... que el principio del ne bis in idem contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad administrativa para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes... el proceso administrativo tiene por objeto investigar de ser el caso sancionar una conducta funcional; mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva...”

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano<sup>9</sup> si bien no ha identificado expresamente la relación de sujeción especial sin delimitar y especificar sus alcances y efectos ha consolidado más bien una tendencia a la acumulación de sanciones penales y administrativas conforme se ha descrito y se resalta a continuación:

---

<sup>9</sup> Sentencias: Expediente Nro. 1204-2005-AA/TC- Ica – Arcenia Elena Quispe Calcina, Expediente Nro. 3944-2004-AA/TC- Apurímac, Tulio Valer Arenas; Expediente Nro. 3862-2004-AA/TC-Lima, Pedro Néstor Yana Yana; Expediente Nro. 3363-2004-AA/TC-Ica, Pablo Ruperto Ochoa Matías; Expediente Nro. 3194-2004-HC/TC-Lima, Nicanor Carreño Castillo; Expediente Nro. 310-2004-AA/TC- Ica, Alfredo Nacko Morales Leandro; Expediente Nro. 094-2003-AA/TC-Tacna, Víctor Hugo Pacha Mamani.

- a) Que ambas sanciones tienen funciones y fines diferentes.
- b) Que la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, en la que pudiera incurrir un servidor y/o funcionario público son totalmente independientes.
- c) Que la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar administrativamente.
- d) Que lo que se resuelve en el ámbito administrativo es autónomo del resultado del proceso penal.
- e) Que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen.
- f) Que el proceso administrativo tiene por objeto investigar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad.

### **PROBLEMA.-**

De lo expuesto es evidente que se vienen dictando sanciones administrativas y penales afectando el principio non bis in idem en casos en los que existiendo triple identidad se extiende el concepto de igualdad de fundamento introduciendo como razón la sujeción especial, la cual no sólo es una exigencia adicional sino que no ha sido claramente determinada en la jurisprudencia ni en doctrina.

### **SOLUCIONES.-**

- a) En el caso peruano debe superarse las interpretaciones formales que derivan del texto legal como el artículo 243 de la Ley de Procedimiento Administrativo General que, bajo el rótulo “Autonomía de las Responsabilidades”, establece que las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo con lo previsto en su respectiva legislación, de forma tal que “los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo la disposición judicial expresa en contrario”. Estas reglas parecen oponerse al sentido del artículo 230.10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General que regula expresamente el ne bis in idem material, aunque su eficacia se limita al ámbito de la responsabilidad de los funcionarios, como se puede deducir de la ubicación sistemática

del art. 243 en el capítulo II (Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la administración Pública) del título V (De la responsabilidad de la administración pública y del persona a su servicio) de la Ley del Procedimiento Administrativo General a diferencia del artículo 230.10 que se incardina en el Título IV (de los procedimientos especiales) de la Ley, en el capítulo II dedicado al Procedimiento Sancionador, subcapítulo I referido a la potestad sancionadora, pero este ámbito restringido de aplicación a las autoridades y personal al servicio de la administración pública, tampoco puede desvincularse de la prohibición constitucional ne bis in idem, aunque el artículo 243 reafirme la autonomía de las responsabilidades y la independencia de las consecuencias penales y administrativas, de la literalidad de estos enunciados no se deduce un mandato de acumulación de sanciones por el mismo injusto por lo que deben interpretarse conforme a dicha proscripción constitucional<sup>10</sup>

- b) La existencia<sup>11</sup> o no de sujeción especial, en un caso específico, es totalmente indiferente para la invocación del non bis in idem; lo más importante y nuclear es que el fundamento sea el mismo. Si bien puede existir el fundamento de la relación de sujeción especial con el Estado, como es el hecho de ser miembro de la Policía Nacional y de haber actuado en el ejercicio de esa función pública, cuyo fundamento o bien jurídico sea el mismo en el imputado, considero que se debe aplicar en forma necesaria las consecuencias del non bis in idem; impidiéndose la duplicidad de sanciones. El punto más importante es el examen del fundamento en cada una de las sanciones.
- c) La presencia de la relación de sujeción especial no deber<sup>10</sup> considerada como un elemento que impida la aplicación del non bis in idem a los funcionarios o servidores públicos que hayan actuado en el ejercicio de sus funciones punto que no ha sido advertido, ni siquiera en forma asolapada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus pronunciamientos. Somos del parecer que si se impide la aplicación del non bis in idem a los funcionarios o servidores públicos por el solo hecho ser tales, sin realizarse el debido análisis de la existencia o no de la triple identidad, implicaría un ejercicio arbitrario e

---

<sup>10</sup> Caro Coria Carlos, El Principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Tribunal Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales) Jurisprudencia y Doctrina Penal y Constitucional, segundo seminario, Palestra, Lima, 2006, pág. 320

<sup>11</sup> La responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios y servidores públicos por Fernando Vicente Núñez Pérez en Los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema por Óscar Peña Gonzales, APECC, Lima 2011. Pág 183 a 199

ilimitado del ius puniendi posible de ser objeto de protección a través de un proceso constitucional como manifestación del derecho a la protección judicial que tenemos todos para proteger nuestros derechos fundamentales.

- d) Si la doctrina especializada ha trabajado arduamente para poder establecer los contenidos del non bis in idem, construyendo la necesaria presencia de la triple identidad, sería una burla que sin tener razones concretas se inaplique tal garantía por el sólo hecho que el sujeto tenga un deber especial. Esa condición, no cabe duda al respecto, podrá ser tomada y valorada como lo es hoy, bajo el concepto de delitos especiales propios e impropios, como también dentro del esquema de los delitos de infracción de deber. También se podría tomar en cuenta esa condición, conforme la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, como una circunstancia agravante genérica o específica.
- e) El sistema penal, como se puede ver y analizar, nos brinda mecanismos para poder tomar en cuenta la condición de sujeción especial que puede tener un ciudadano, sin avalar vulneraciones a sus derechos fundamentales. No se puede ni se debe trabajar, en temas de derechos fundamentales dentro de incertidumbres o sobre bases endebles e inciertas de los que es verdaderamente relación de sujeción especial, que más que un concepto jurídico y objetivamente inentendible, es una puerta abierta a institucionalizar la doble sanción y/o persecución del mismo hecho, es decir a desterrar el non bis in idem.
- f) La idea coherente debe ser la imposición de límites a la acumulación de sanciones por el mismo hecho más allá de que exista una relación de sujeción especial, exigiéndose más bien que el fundamento (o causa petendi) por el ilícito administrativo sea diferente al del ilícito penal para poder legitimar la duplicidad sancionadora.
- g) De otro lado, independientemente que el procedimiento administrativo se hubiera o no iniciado, o incluso en el supuesto que fuera el órgano judicial penal el que tuviera conocimiento de un hecho que a la postre pudiera ser constitutivo igualmente de infracción administrativa, la competencia para conocer estos casos ha de pertenecer a un único órgano sancionador que, siguiendo el ejemplo de los ordenamientos alemán e italiano, debiera ser órgano penal con competencia en el asunto.
- h) Establecida de forma definitiva la obligación de paralizar el procedimiento, desde el mismo momento en que objetivamente se observa la más mínima posibilidad que el hecho pueda ser constitutivo de ilícito penal, sin que el órgano administrativo tenga potestad

para valorar tal situación, habrá de ponerlo en conocimiento del órgano judicial pertinente que su vez estimará la posibilidad de iniciar las diligencias oportunas o devolver al órgano administrativo el expediente por no estimarlo penalmente relevante, para su prosecución en aquel ámbito de forma exclusiva. En cualquier caso, la terminación del mismo sea cual sea el resultado definitivo del procedimiento.

- i) La opción más acorde con la prohibición de bis in idem parece recomendar que la cláusula concreta otorgue al Juez la capacidad de elegir, con carácter acumulativo o excluyente, la sanción más acorde con la valoración jurídica de la conducta, acompañada en todo caso de las consecuencias accesorias que pudieran derivar de la normatividad no impuesta, compatibles con la naturaleza del principio y la necesidad de protección del bien jurídico afectado. Esta parece la única forma de garantizar una valoración global e íntegra de la conducta ilícita, en tanto no se de paso a un sistema sancionador racionalizado (ilícito penal-administrativo) que gradue los tipos de infracciones y las sanciones correspondientes en función del desvalor del supuesto de hecho contemplado en su globalidad, traducido en la efectiva aplicación de los principios de fragmentariedad y de intervención mínima. La crítica a este planteamiento puede ser que es claro en los casos en los que el desvalor del hecho es abordado en su totalidad por una sola norma, donde recurrimos a la cláusula de gravedad (principio de subsunción), en que el contenido del injusto es asumido por la norma penal; por consiguiente la sanción a imponerse es la penal, porque reviste mayor gravedad desde el punto de vista normativo. Es decir si la aplicación de una norma agota el injusto cometido, se procederá a la sanción conforme a ella, por lo que cualquier acumulación de otra norma y su correspondiente sanción significaría un ne bis in idem que no se toleraría por el mismo hecho sería castigado doblemente

## **CONCLUSIONES:**

1. La relación de sujeción especial no debe ser considerada como un elemento que impida la aplicación del non bis in idem a los funcionarios o servidores públicos que hayan actuado en el ejercicio de sus funciones.

2. En temas de derechos fundamentales la restricción a su ejercicio debe estar claramente definida, de lo contrario la incertidumbre es una puerta abierta a institucionalizar la doble sanción y/o persecución del mismo hecho, es decir a desterrar el non bis in idem.
3. Tratándose de un sujeto, activo ya sea porque tiene cualidades especiales es funcionario o servidor público (que está dentro de la carrera administrativa o por extensión), o que cumple funciones públicas; estas circunstancias, que podían llenar de contenido la denominada sujeción especial (aunque no la completa), conforme la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, ya son consideradas como circunstancias agravantes genérica o específica; desde el inicio, toda vez que cuando el sujeto activo del delito es cualificado (funcionario o servidor público) ello ya va a determinar que su conducta sea ubicada en delitos especiales que solo pueden ser cometidos por estos sujetos y contra bienes jurídicos seleccionados; ya sea como parte del tipo penal o como una circunstancia que da más gravedad al injusto o a la determinación en concreto de la pena e incluso es óbice para que sea procesado en fuero especial.
4. Independientemente que el procedimiento administrativo se hubiera o no iniciado, o incluso en el supuesto que fuera el órgano judicial penal el que tuviera conocimiento de un hecho que a la postre pudiera ser constitutivo igualmente de infracción administrativa, la competencia para conocer estos casos ha de pertenecer a un único órgano sancionador.
5. La prohibición de bis in idem recomienda que la cláusula concreta otorgue al Juez la capacidad de elegir, con carácter acumulativo o excluyente, la sanción más acorde con la valoración jurídica de la conducta, acompañada en todo caso de las consecuencias accesorias que pudieran derivar de la normatividad no impuesta, compatibles con la naturaleza del principio y la necesidad de protección del bien jurídico afectado.
6. Es necesario también una revisión de las penas y las consecuencias accesorias del delito en la legislación de manera que vayan de la mano con el interés administrativo jurídicamente tutelado y cuando se establezca que estamos frente a una conducta que constituye delito al margen de imponer una pena privativa, restrictiva de la libertad o limitativa de derechos como principal o accesoria, la reparación civil y demás consecuencias accesorias sean fijadas tomando en consideración no sólo el bien jurídico penal lesionado o puesto en peligro sino la afectación al interés jurídico administrativo. Especialmente tratándose de las penas limitativas de derechos como la inhabilitación que

puede ser reformada o sincerada de acuerdo a las necesidades de la Administración. De manera que al imponer una sanción en el ámbito penal sea integral considerando todas las afectaciones reales.

7. Una de las exigencias adicionales a la triple identidad o como parte del fundamento o causa es que el interés jurídico cautelado sea diferente; es decir que la finalidad de cada sanción debe ser distinta en función ya sea del bien jurídico que cautela el Derecho penal o el interés jurídico que fundamenta la sanción administrativa. Pero ello resulta cuestionable toda vez que la función administrativa dentro del Estado determina el interés jurídicamente protegido; mientras que el Derecho penal en función a los principios de lesividad y peligrosidad se selecciona los bienes jurídicos que serán objeto de protección y por principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal también seleccionará las conductas que socialmente se considera más relevantes para ser sancionadas, que necesariamente van a ser diferentes que las que integran ilícitos administrativos por ello que no puede existir igualdad o similitud de interés jurídicamente protegido; en consecuencia si aceptamos esta exigencia se encuentran justificadas todas las sanciones penales y administrativas concurrentes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Bergali Roberto, Sistema Penal y Problemas Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia 2003
2. Caro Coria Carlos, El Principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Tribunal Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales) Jurisprudencia y Doctrina Penal y Constitucional, segundo seminario, Palestra, Lima, 2006.
3. De León Villaran Francisco Javier, Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1998.
4. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, Barcelona, 1998
5. MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal Parte General; Edit. Tirant lo blanch; Valencia; 1993
6. Nieto Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid 2005.
7. Peña Gonzales Óscar, Los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema, APECC, Lima 2011.
8. Rueda Borrero Alex Michael, La identidad de la causa de persecución en la manifestación del principio ne bis in idem, Actualidad Jurídica T. 173 Lima 2008.
9. Sentencias: Expediente Nro. 1204-2005-AA/TC- Ica – Arcenia Elena Quispe Calcina, Expediente Nro. 3944-2004-AA/TC- Apurímac, Tulio Valer Arenas; Expediente Nro. 3862-2004-AA/TC-Lima, Pedro Néstor Yana Yana; Expediente Nro. 3363-2004-AA/TC-Ica, Pablo Ruperto Ochoa Matías; Expediente Nro. 3194-2004-HC/TC-Lima, Nicanor Carreño Castillo; Expediente Nro. 310-2004-AA/TC- Ica, Alfredo Nacko Morales Leandro; Expediente Nro. 094-2003-AA/TC-Tacna, Víctor Hugo Pacha Mamani. 2050-2002-AA/TC, Recurso de Nulidad ante la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 2090-2005-Lambayeque
10. Sentencias del Tribunal Constitucional Español Nro. STC 177/1999, STC 2/1981, STC 159/1987, STC 77/1983, STC 2/2003, STC 2/1981, STC 48/2007, STC 234/1991, STC 132/2001, STC 61/1990, STC 74/1985, STC 2/1987 y STC 26/2005

11. Schmidt-Assmann Eberhard, Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática, Marcial Pons, 2003 Madrid Barcelona.