



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Unidad de Posgrado

La Identidad de Fundamento en el Ne Bis In Ídem y sus implicancias materiales y procesales en el ordenamiento peruano actual ¿Cuál es el contenido de la denominada Identidad de Fundamento propia del Ne Bis In Ídem ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador?

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Ciencias Penales

AUTOR

Nakin Cristian ROJAS MONTOYA

ASESOR

Mg. Héctor Fidel ROJAS RODRÍGUEZ

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Rojas, N. (2017). *La Identidad de Fundamento en el Ne Bis In Ídem y sus implicancias materiales y procesales en el ordenamiento peruano actual ¿Cuál es el contenido de la denominada Identidad de Fundamento propia del Ne Bis In Ídem ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador?* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Nakin Cristian Rojas Montoya
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	45967889
URL de ORCID	—
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Héctor Fidel Rojas Rodríguez.
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	10621425
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0001-9807-8700
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Félix Palomino Manchego
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Víctor Jimmy Arbulú Martínez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06927465
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Héctor Manuel Centeno Buendía
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	25726714
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Raul Ernesto Martinez Huaman
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41929473
Datos de investigación	

Línea de investigación	E.1.2.2. Derecho Penal
Grupo de investigación	—
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Cercado de Lima Calle: Av. Venezuela s/n cuadra 34 Latitud: 12° 03' 30'' S Longitud: 77° 05' 00'' O
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Enero 2017 – Enero 2021
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02 Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores: Mg. Víctor Jimmy Arbulú Martínez, Mg. Raul Ernesto Martinez Huaman, Mg. Héctor Fidel Rojas Rodríguez, Mg. Héctor Manuel Centeno Buendia y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller don **Nakin Cristian ROJAS MONTOYA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada **“LA IDENTIDAD DE FUNDAMENTO EN EL NE BIS IN ÍDEM Y SUS IMPLICANCIAS MATERIALES Y PROCESALES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO ACTUAL ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LA DENOMINADA “IDENTIDAD DE FUNDAMENTO” PROPIA DEL NE BIS IN IDEM ANTE LA CONCURRENCIA DE UNA SANCIÓN O PROCESO PENAL Y UNA SANCIÓN O PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR?”**

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de excelente con nota diecinueve (19)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales al Bachiller en Derecho don **Nakin Cristian ROJAS MONTOYA**.

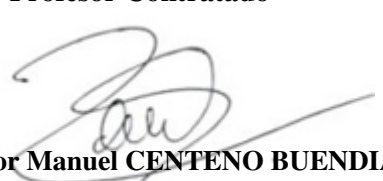
Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las dieciocho horas con cincuenta y cuatro minutos se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal


Mg. Víctor Jimmy ARBULÚ MARTÍNEZ
Miembro
Profesor Auxiliar


Mg. Raul Ernesto MARTINEZ HUAMAN
Jurado Informante
Profesor Contratado


Mg. Héctor Fidel ROJAS RODRÍGUEZ
Asesor
Profesor Contratado


Mg. Héctor Manuel CENTENO BUENDIA
Jurado Informante
Profesor Invitado

**ACEPTACIÓN O VEREDICTO DE LA TESIS POR LOS MIEMBROS DEL
JURADO EXAMINADOR**

Dedicatoria

La presente tesis está dedicada a todas las personas que día a día peregrinan por los tribunales del país peticionando el respeto de sus garantías constitucionales y el cumplimiento de un “debido proceso” en las causas que se generan en su contra, especialmente a aquellos que, arbitrariamente, han sido investigados o sancionados múltiples veces por un mismo fundamento.

Agradecimientos

Ante todo, es necesario agradecer a Dios, quien con su bendición hace todo posible; asimismo mi reconocimiento y gratitud a las personas quienes hicieron posible la elaboración y finalización de la presente investigación: a mi madre, Julia Elena Montoya Cerdán y a mis hermanos, quienes, con su apoyo moral me impulsan cada día a lograr mis objetivos académicos, profesionales y personales, así como a mi padre, Walter Justiniano Rojas Salazar, quien con su espíritu me guía constantemente por el camino de la superación personal. Finalmente, no puedo dejar de agradecer a mi asesor, el Magister Héctor Fidel Rojas Rodríguez, quien de manera desinteresada y magistral me ha acompañado en este camino fragoso, aunque apasionante, de la investigación jurídico penal.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	5
2.1.	Situación Problemática	5
2.2.	Formulación del Problema	10
2.3.	Hipótesis.....	11
2.4.	Objetivos de la investigación	11
2.5.	Metodología Aplicada	12
3.	ESTADO DE LA CUESTIÓN	14
3.1.	Cuestiones Previas.....	14
3.1.1.	<i>Nomenclatura del “ne bis in ídem”</i>	14
3.1.2.	<i>Naturaleza Jurídica y Fundamento Constitucional del “ne bis in ídem”</i>	15
3.1.2.1.	“Como derivación de la inviolabilidad Derecho de Defensa”	17
3.1.2.2.	Como derivación del Principio de Legalidad.....	17
3.1.2.3.	Como derivación del Derecho al “debido proceso”	19
3.1.2.4.	“Como derivación del Principio de la Seguridad Jurídica”.	20
3.1.2.5.	Como derivación del Principio de Racionalidad y Proscripción a la Intervención Arbitraria (Sub Principio de Proporcionalidad)	20
3.1.2.6.	Toma de Posición.....	21
3.1.3.	<i>Relación del “ne bis in ídem” con la “cosa juzgada”</i>	22
3.1.3.1.	Confluencia entre el “ne bis in ídem” y la “cosa juzgada”.	22
3.1.3.2.	Diferencias del “ne bis in ídem” y la “cosa juzgada”	25
3.1.4.	<i>Contenidos Esenciales del “ne bis in ídem”</i>	26
3.1.4.1.	El “ne bis in ídem” Material.....	27
A)	“ne bis in ídem” y Pena Compuesta.....	28
B)	Para la invocación del “ne bis in ídem”: “¿Es necesaria la efectiva reiteración sancionatoria o basta con la declaración de imposición?”	28
C)	El “ne bis in ídem” material en la “jurisdicción comunal”.....	29
3.1.4.2.	El “Ne bis in ídem Procesal”.	31
A)	El “Ne bis in ídem Procesal” y la “Doctrina del Double Jeopardy”.	31
B)	El “ne bis in ídem Procesal” y la “Nulidad del Proceso”	32
C)	El “ne bis in ídem” Procesal y la Acción de Revisión.....	33
D)	“ne bis in ídem Procesal” y el Recurso de Apelación.	35

3.1.5. <i>La Identidad de Sujeto y de Hecho como Presupuestos Previos al Análisis de la "Identidad de Fundamento" propia de la garantía objeto de estudio...</i>	36
3.1.5.1. "La identidad de Sujeto" ("Eadem Persona")	36
3.1.5.2. Identidad de Hecho (Eadem Factum)	39
3.2. Antecedentes y Estado Actual de la Cuestión	41
3.2.1. <i>Sobre la Relación entre el "Derecho Penal" y el "Derecho Administrativo Sancionador"</i>	42
3.2.1.1. Teoría Cualitativa	43
A) El Primigenio "Derecho Penal de Policía"	43
B) Manifestaciones del "Derecho Penal de Policía"	44
C) "Goldschmidt y la Teoría del Derecho Penal Administrativo"	47
D) El derecho Penal del Orden.	50
E) El Derecho Administrativo Sancionador está dirigido al homo phoenomenon y el Derecho Penal al homo noumenon	51
F) Diferente Interés Jurídicamente Protegido.	52
G) Una diferencia cualitativa morigerada en base a criterios de concepción e imputación del injusto, las garantías político criminales que las limitan y demás cuestiones formales: Referencia al "Derecho Penal de Intervención de Hassemer" y al "Derecho Penal de Segunda Velocidad de Silva Sánchez".	53
3.2.1.2. Diferencias Formales	60
3.2.1.3. Teoría Cuantitativa	67
A) Sobre el concepto de injusto.	67
B) "La diferencia cuantitativa entre el injusto penal y el injusto administrativo y su implicancia en los principios limitadores del ius puniendi".	71
3.2.1.4. Posición mixta	77
3.2.2. <i>"Sobre el Contenido de la Identidad de Fundamento, propia del ne bis in ídem, ante la concurrencia de una Sanción o Proceso Penal y una Sanción o Procedimiento Administrativo Sancionador"</i>	81
3.2.2.1. El absolutismo y el orden divino durante la edad media	84
3.2.2.2. El Iluminismo y la "Lesión de un Derecho Subjetivo"	85
3.2.2.3. El Iusracionalismo Naturalista de Birnbaum	90
3.2.2.4. La consolidación del Positivismo	95
A) El iusracionalismo positivista de Binding	99
B) "El positivismo penal evolucionista- espiritualista de Von Liszt"	101
3.2.2.5. La Reacción Antipositivista: El movimiento Neokantiano	104
A) "El neokantismo lógico-jurídico y la función teleológica del bien jurídico".	109

B)	El neokantismo jurídico axiológico y el bien jurídico como bien de la cultura.....	113
3.2.2.6.	La Negación del Bien Jurídico y el Estado Nacional Socialista.....	117
3.2.2.7.	La Constitución de Bonn y la Apuesta por Iusnaturalismo existencialista del Finalismo de Welzel.....	124
3.2.2.8.	“El Estado de Bienestar y el Resurgimiento de la Política Criminal”.	133
A)	“Las teorías del bien jurídico con fundamento sociológico”.....	134
B)	“Teorías que Otorgan Fundamento Constitucional al Bien Jurídico”.....	144
3.2.3.	<i>Sobre los Criterios Procesales Necesarios para Efectivizar al “ne bis in ídem”, ante la Concurrencia de una “Sanción o Proceso Penal” y una “Sanción o Procedimiento Administrativo Sancionador”, por el mismo Fundamento</i>	156
3.2.3.1.	La Vigencia del “ne bis in ídem” ante la Incoación de un Proceso Penal y un Proceso Administrativo Sancionador Simultáneo.....	157
3.2.3.2.	La incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa posterior	159
3.2.3.3.	“La Vigencia del ne bis in ídem cuando se ha Impuesto una Sanción Administrativa y Posteriormente pretende intervenir el Derecho Penal”	162
A)	El criterio de la Compensación.....	163
B)	El criterio de la nulidad de la sanción administrativa.....	164
C)	El criterio cronológico.....	166
4.	TOMA DE POSTURA.....	169
4.1.	“Sobre la Diferencia Cuantitativa entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador y la consecuente consideración del Contenido del Injusto como Identidad de Fundamento del <i>ne bis in ídem</i> ”.....	169
4.2.	“El Aporte de los Delitos de Peligro para la Configuración del Injusto en las Conductas que Atentan contra los Bienes Jurídicos Colectivos”.....	181
4.3.	Criterios Legislativos para Determinar la Regulación Administrativa o Penal de las Conductas Atentatorias de los Bienes Jurídicos.....	201
4.4.	“Sobre los Criterios Procesales Necesarios para Efectivizar al <i>ne bis in ídem</i> , ante la Concurrencia de una Sanción o Proceso Penal y una Sanción o Procedimiento Administrativo Sancionador por el mismo fundamento”	232
5.	CONSECUENCIAS	240
5.1.	Consecuencias Dogmáticas (Lege Lata)	240
5.1.1.	<i>En el Ámbito Material</i>	240
5.1.2.	<i>En el Ámbito Procesal</i>	253
5.2.	Consecuencias Político Criminales (<i>Lege Ferenda</i>).....	261
6.	CONCLUSIONES	263

		vii
7.	RECOMENDACIONES	271
8.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	274
9.	PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES	289

I. LISTA DE CUADROS

- **Cuadro No. 1** Convenios ratificados por el Estado peruano que lo exhortan a criminalizar determinadas conductas atentatorias contra bienes jurídicos colectivos..... 224

- **Cuadro No. 2** Regulación y flexibilización de las garantías sancionadoras en el orden penal y en el orden administrativo sancionador..... 232

LISTA DE FIGURAS

- **Figura Nro. 01** «Falta de vulneración del ne bis in ídem en el concurso real»..... 255
- **Figura Nro. 02** «Falta de vulneración del ne bis in ídem en el concurso ideal»..... 256
- **Figura Nro. 03** Falta de vulneración del “ne bis in ídem” en el concurso aparente cuando se aplica el principio de consunción... .. 256
- **Figura Nro. 04** Vulneración del “ne bis in ídem” en el concurso aparente cuando no se aplica el principio de consunción... .. 257
- **Figura Nro. 05** Premisa Mayor: El injusto penal tiende a tener mayor gravedad que el injusto administrativo, diferenciados por un “plus de antijuricidad” 258
- **Figura Nro. 06** El plus de antijuricidad puede verse evidenciado en elementos constitutivos del injusto, como la acción, objeto material, resultado, deber objetivo de cuidado, modalidad típica, dolo, ánimos, etc. En el ejemplo se aprecia, claramente, el plus de antijuricidad en la finalidad o elemento de tendencia interna trascendente distinto al dolo 259
- **Figura Nro. 07** Supuesto en que el injusto administrativo abarca a la totalidad de la gravedad de la conducta del ciudadano 260
- **Figura Nro. 08** Supuesto en que el injusto penal tiene un plus de antijuricidad respecto al injusto administrativo..... 261
- **Figura Nro. 09** Supuesto de concurso ideal entre injusto administrativo e injusto penal 261

- **Figura Nro. 10** Supuesto de concurso real entre injusto administrativo e injusto penal262
- **Figura Nro. 11** «Supuesto en que el delito tiene el mismo contenido de injusto que la infracción administrativa»262
- **Figura Nro. 12** «Comparación entre el delito tipificado en el artículo 175° del Código Penal y la infracción administrativa regulada en el artículo 5° del D.L N° 813»263
- **Figura Nro. 13** Comparación entre el delito tipificado en el artículo 274° del Código Penal y la infracción administrativa regulada con el código M01 del Reglamento Nacional de Tránsito..... 265
- **Figura Nro. 14** Efecto del “ne bis in ídem” en caso exista una sentencia penal condenatoria o absolutoria y se pretenda iniciar un proceso administrativo por el mismo contenido del injusto. 268
- **Figura No. 15** Efectos del “ne bis in ídem” en caso el injusto conocido por el orden penal tenga un «plus de antijuridicidad» respecto al «ilícito administrativo» y se pretenda iniciar un proceso administrativo por este último270

RESUMEN

La problemática que motiva la presente investigación es la indeterminación dogmática de la «identidad de fundamento» propia del «*ne bis in ídem*», lo cual ha influido negativamente en su objetivo de impedir la duplicidad de sanciones o de procesos vertidos en órdenes diferentes, como son el «Derecho Administrativo Sancionador» y el «Derecho Penal»; pues, mientras la misma se encuentre indeterminada, se mantendrá vigente una diferencia cualitativa infranqueable entre el «ilícito administrativo» y el «ilícito penal» y, por ende, una patente de curso para que se afirme automáticamente la autonomía de responsabilidades administrativas y penales; y, en base dicha escisión, la inexistencia *per se* de identidad de fundamento entre ambas sanciones.

Es así que, en esta tesis se sostendrá que, ambas ramas sancionadoras regulan conductas que atentan contra los bienes jurídicos, diferenciándose cuantitativamente en la mayor gravedad de las conductas que el derecho penal sanciona respecto a las que sanciona el derecho administrativo. Para ese fin, a partir de un análisis de los fundamentos históricos, filosóficos y jurídicos del bien jurídico protegido se sustentará la diferencia cuantitativa entre ambos ordenes sancionadores, así como la consecuente consideración del contenido del injusto como identidad de fundamento del «*ne bis in ídem*»; desarrollando, además, el aporte de los delitos de peligro para la configuración del injusto en las conductas que atentan contra los bienes jurídicos colectivos; avocándose, posteriormente, a desarrollar los criterios legislativos para determinar la regulación administrativa o penal de las conductas atentatorias de los bienes jurídicos; para finalmente tratar los criterios procesales necesarios para efectivizar esta importante garantía.

Palabras Clave: “*ne bis in ídem*”, *identidad de fundamento, diferencia cuantitativa, bien jurídico protegido, contenido del injusto, plus de antijuridicidad, coordinación legislativa, coordinación procesal.*

ABSTRACT

The problem that motivates this research is the dogmatic indeterminacy of the foundation identity, typical of *ne bis in idem*, which has negatively influenced its objective of preventing the duplication of sanctions or processes issued in different orders, such as the Law Administrative Penalty and Criminal Law; As long as it is undetermined, an insurmountable qualitative difference between the administrative and criminal offenses will remain in force and, therefore, a *marque* license to automatically affirm the autonomy of administrative and criminal responsibilities; and, based on said split, the non-existence *per se* of the identity of the basis between the two sanctions.

Thus, in this thesis it will be argued that both administrative sanctioning law and criminal law punish conducts that violate legal rights, differing quantitatively in the greater severity of conducts that criminal law sanctions with respect to those sanctioned by the administrative law. For that purpose, based on an analysis of the historical, philosophical and legal foundations of the protected legal right, the quantitative difference between both sanctioning orders will be sustained, as well as the consequent consideration of the content of the unjust as the foundation identity of the *ne bis in idem*; developing, in addition, the contribution of the crimes of danger for the configuration of the unjust in the conducts that threaten the collective legal rights; advocating, subsequently, to develop the legislative criteria to determine the administrative or criminal regulation of the conduct that violates legal rights; to finally deal with the procedural criteria necessary to make this important guarantee effective.

Key words: *“ne bis in idem”, foundation identity, quantitative difference, protected legal asset, content of the unfair, unlawfulness plus, legislative coordination, procedural coordination.*

1. INTRODUCCIÓN

La presente tesis ha sido elaborada con la intención de plasmar concepciones dogmáticas, político criminales y procesales que permitan la eficacia de uno de los derechos fundamentales basilares del orden sancionador nacional, como es el “*ne bis in ídem*”, cuyos alcances son de trascendental importancia para la comunidad jurídica en general y despiertan un interés especial en el autor, quien encuentra en el “*ne bis in ídem*” un tema totalmente apasionante, por constituir un principio que dibuja, en su contenido, la lucha de la libertad del hombre contra la maquinaria persecutoria y sancionadora del Estado; configurando su praxis un claro testimonio del constante enfrentamiento entre las garantías del ciudadano y la eficacia de los fines estatales.

Fue durante el desarrollo del tercer año de pregrado de su educación universitaria, durante la realización de una pasantía en la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuando el autor reconoció la importancia del “*ne bis in ídem*” y, en el transcurso de las clases de Derecho Penal Económico, a cargo del doctor Iván Montoya Vivanco, que comprendió e internalizó la problemática que el contenido de su identidad de fundamento tenía en el estado actual de la cuestión dogmática, así como las consecuencias sustantivas y procesales que su indeterminación causaban.

El interés académico del autor fue incrementándose durante el resto de su formación universitaria en su alma mater, la Universidad Nacional de Cajamarca, maduró progresivamente durante el desarrollo de las asignaturas de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y se consolidó al momento de leer las obras del profesor Héctor Rojas Rodríguez, con quien el autor comparte el interés apasionado por las instituciones dogmáticas compartidas por el Derecho Penal y por el Derecho Administrativo Sancionador, como acaece, precisamente, con el “*ne bis in ídem*”.

Estas experiencias académicas permitieron reflexionar que, si bien es cierto, antes de recibir una educación, siquiera primaria, el ser humano tiene noción del contenido del “*ne bis in ídem*” –por ejemplo, cuando desde niño encuentra injusto que sus progenitores le increpen o lo castiguen más de una vez por la misma travesura– sin embargo, también es cierto que, en la teoría y la práctica del Derecho, la delimitación del “*ne bis in ídem*” no es tan sencilla como en el último ejemplo; pues, a lo largo de la historia, el “*ne bis in ídem*” ha sido objeto de cambios conceptuales que han ido actualizando su contenido, desde considerarlo una garantía meramente material, propia del proceso penal, hasta otorgarle un contenido material y procesal transversal dentro de todo el ordenamiento jurídico sancionador.

Así, dentro de esta expansión, es su presupuesto de la identidad de fundamento o de *causa petendi*, el que ha tenido que sortear mayores obstáculos dogmáticos para que esta importante garantía pueda impedir la duplicidad de sanciones o de procesos sancionadores vertidos en órdenes diferentes, como son el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal; pues, a medida que el contenido de la identidad de fundamento se encuentra insuficientemente determinado – como sucede actualmente al limitarla al mismo bien jurídico protegido– se continua brindando una patente de curso para afirmar, automáticamente, la autonomía de responsabilidades administrativas y penales; y, por ende, la inexistencia *per se* de identidad de fundamento entre una sanción administrativa y otra penal.

En efecto, si el Derecho Penal es el único orden sancionador que protege bienes jurídicos y el derecho administrativo sólo salvaguarda reglas de ordenación y estándares de tráfico social – como sostiene la teoría cualitativa– entonces será imposible afirmar la identidad de fundamento entre uno y otro orden; siendo, por ende necesario, determinar si, al igual que el derecho penal, el derecho administrativo sancionador protege también bienes jurídicos protegidos, para después, a partir de lo que diferencia al injusto administrativo del penal, construir

suficientemente el contenido del fundamento sancionador de uno y otro orden, que permita su comparación normativa y, por ende, la corroboración de una duplicidad de sanciones o procesos administrativos y/o penales.

Es así que, consciente de la problemática señalada, como de la necesidad de determinar el contenido de la identidad de fundamento ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador, se sostendrá en esta tesis que, ambas ramas sancionadoras regulan conductas que atentan contra los bienes jurídicos, diferenciándose cuantitativamente en la mayor gravedad de las conductas (plus de antijuricidad) que el derecho penal sanciona, respecto a las sancionadas por el derecho administrativo; diferencia que permitirá construir el fundamento sancionador en el contenido del injusto –penal o administrativo– manifestado en sus elementos constitutivos esenciales; cuya comparación normativa permitirá determinar la existencia o inexistencia de una duplicidad sancionadora por el mismo fundamento.

Para ese fin, luego del capítulo metodológico, se abordará, en una primera parte del capítulo correspondiente al estado de la cuestión, las cuestiones previas y fundamentales del “*ne bis in idem*”: desde su nomenclatura y naturaleza jurídica, hasta sus contenidos esenciales, así como su identidad subjetiva como fáctica. En la segunda parte del mismo capítulo, se desarrollará la relación entre ambas ramas sancionadoras, analizando las distintas teorías que, en calidad de antecedentes, han sustentado la diferencia entre uno y otro orden; focalizándose, seguidamente, en la teoría cuantitativa y, desde un análisis histórico, filosófico y dogmático del bien jurídico, construir el fundamento sancionador a partir del contenido del injusto administrativo y del injusto penal; para, finalmente, avocarse a desarrollar los distintos criterios procesales que, desde la doctrina y jurisprudencia, han sido esbozados para efectivizar esta importante garantía.

Por otro lado, en el siguiente capítulo, se abordará el tema central de la presente investigación, esto es la postura respecto al objeto de investigación planteado, en cuyo desarrollo se sustentará la diferencia cuantitativa entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, así como la consecuente consideración del contenido del injusto como identidad de fundamento del “*ne bis in ídem*”; desarrollando, también, el aporte de los delitos de peligro para la configuración del injusto en las conductas que atentan contra los bienes jurídicos colectivos; avocándose, posteriormente, a desarrollar los criterios legislativos para determinar la regulación administrativa o penal de las conductas atentatorias de los bienes jurídicos; para, finalmente, tratar los criterios procesales necesarios para efectivizar esta importante garantía; luego de lo cual se esbozará las consecuencias sustantivas y procesales de los lineamientos teóricos desarrollados, así como las correspondientes recomendaciones que, de *lege lata* y de *lege ferenda*, se requieran para lograr los objetivos planteados en la presente investigación.

Como se puede apreciar, el desarrollo de cada uno de estos capítulos no sólo permitirá la fundamentación de la presente tesis; sino, además, la discusión sobre los presupuestos, contenidos y alcances de esta importante garantía, cuyo fomento ampliará la escueta visión que, sobre la misma, se mantiene en la normativa nacional. De esta manera, se contribuirá a que la garantía del “*ne bis in ídem*” deje de ser vista como un tigre de papel y se convierta en el principio medular de todo el derecho sancionador, cuyos efectos evitarán la duplicidad de sanciones y procesos por el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, ramas hermanas que tienen a un único “*ius puniendi*” como padre.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

2.1. Situación Problemática

La identidad de fundamento es la identidad estelar para concluir la existencia de transgresión al “*ne bis in ídem*”, siendo, precisamente, la que genera mayor problemática en cuanto a su aplicación. La identidad de fundamento es el motivo por el cual se persigue o se sanciona a una persona. El “Tribunal Constitucional Peruano” tiene sentada una posición sobre el contenido de esta identidad, “constituido por la identidad de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido lesionado (“Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Exp. N°2050-2002- AA/TC. Fto. N°19 Literal a”).

Al respecto, es necesario resaltar que la posición del “Tribunal Constitucional Peruano” genera una vasta problemática en cuanto a la eficacia del *ne bis in ídem*, pues, en primer lugar, el bien jurídico no es el único elemento que le da contenido al injusto y, en segundo lugar, es el elemento del injusto más abstracto cuya concreción siempre es difícil.

Dicha problemática se agrava si se aprecia que la discusión sobre el alcance de los bienes jurídicos protegidos, para delimitar la identidad de fundamento, encuentra alguna aceptación en un sentido clásico del “*ne bis in ídem*”, entendido como un axioma que rige únicamente para el derecho penal; pero, al ampliar su análisis al derecho administrativo sancionador, hace difícil la comparación de bienes jurídicos protegidos en esta segunda rama del ordenamiento, la cual no tiene un desarrollo dogmático similar al derecho penal en cuanto a los intereses jurídicos que protege.

En efecto, el “Tribunal Constitucional Peruano” señala que, el ámbito

de vigencia del “*ne bis in idem*” no se circunscribe al orden penal o al orden administrativo aisladamente entendidos; sino que dicho principio prohíbe la duplicidad de sanciones sobre el mismo *factum*, sean indistintamente de uno u otro orden (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N°0002-2001-AI/TC, Fto. N°8”); cuestión que dificulta aún más la determinación de la identidad de fundamento, teniendo como única base al bien jurídico protegido por uno y otro orden.

Al respecto, el profesor Núñez (2012), refiriéndose al bien jurídico como identidad de fundamento, concluye que la aludida identidad es problemática *per se* porque, al ser de aplicación transversal para todo el ordenamiento punitivo, su aplicación tiene dificultades al encontrarse con principios que se aplican de manera distinta para cada orden sancionador, como es el caso del principio de lesividad (pp. 95-96).

Desde la teoría cualitativa, que diferencia al ilícito administrativo y al ilícito penal, el profesor García Caveró (2006) argumenta que al considerarse al bien jurídico protegido como el factor clave para encontrar la identidad de fundamento entre dos sanciones, se hace difícil determinar la *causa petendi* entre una sanción vertida en uno u otro orden, teniendo en cuenta que el orden penal se caracteriza por la salvaguarda de bienes jurídicos, mientras que el orden administrativo protege normas de ordenación social (p.72).

Por otro lado, desde la teoría cuantitativa, que diferencia el ilícito administrativo del ilícito penal mediante diferencias de intensidad, el profesor Chinchay (2013) ilustra también la insuficiencia de la posición defendida por el “Tribunal Constitucional Peruano”, señalando que no hay, actualmente, una forma confiable de identificar el bien jurídico en el ámbito administrativo, que permita hacer la comparación con el bien jurídico resguardado en el ámbito penal, en aras de salvaguardar la vigencia del “*ne bis in idem*” (p. 46).

Como se puede apreciar, el mayor problema no es la aplicación del “*ne bis in ídem*” en estas dos ramas punitivas aisladamente consideradas, sino que lo complicado es la aplicación de dicha garantía entre injustos tipificados como infracciones administrativas y delitos de manera simultánea, siendo éste, a criterio de Reátegui (2006) uno de los temas más problemáticos de esta importante garantía (p. 81).

Así, la imposibilidad de encontrar soluciones pacíficas a este problema, fue ilustrada, en su momento, por Hepp, para quien “la diferencia entre el delito y el ilícito administrativo ha generado la desesperación de los juristas” (Hepp, citado por Torio, 1991, p. 2536), la cual se mantiene hasta el día de hoy, justificando la necesidad que se viertan soluciones dogmáticas y procesales que permitan conjurar esta angustia.

Ahora bien, el problema teórico descrito se agrava, cuando la legislación administrativa nacional regula que la aplicación de una sanción administrativa y otra penal son consecuencias independientes *per se*, porque, si bien puede haber identidad de sujeto y hecho, no podrá existir, por una suerte de definición legal, identidad de fundamento.

Esta ambigua cláusula legal se evidencia muy frecuentemente en nuestro sistema jurídico sancionador, así, solo por citar unos pocos ejemplos, en el “Art. 117° del Código del Medio Ambiente, en el Art. 173° del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, o en el Art. 190° del Código Tributario”, se señala que la responsabilidad administrativa es independiente a la penal.

Es así que, la consecuencia de aplicar literalmente tales normas (en la práctica así sucede) es que no sea posible vulnerar simultáneamente ambos injustos y, con ello, se descarta la posibilidad de vulneración del “*ne bis in ídem*” cuando se aplica una sanción penal y otra administrativa, soslayando que ambas consecuencias jurídicas devienen de un único e indivisible “*ius puniendi*” y que, por lo tanto, tienen cualitativamente una

misma identidad, pudiéndose concluir, en palabras de García Cantizano (1999), que “la violación del “*ne bis in ídem*” está servida en bandeja de plata por parte de la administración” (p. 67).

A conclusión semejante llega el profesor Gamba (2007), quien, refiriéndose a la normativa tributaria, colige que normas como el artículo 190° del Código Tributario lesiona los derechos de los administrados; careciendo, en absoluto, de sustento constitucional (p. 10). En efecto, dicha postura, regulada normalmente en las leyes que atribuyen potestad sancionadora a las distintas Entidades de la Administración, genera un grave peligro para la vigencia del “*ne bis in ídem*” en el sistema punitivo nacional, pues se está afirmando que no hay similitud en el fundamento por el solo hecho de que las sanciones son dictadas en órdenes distintos, dando pie a que el Estado emita dos consecuencias jurídicas: una con ropaje penal y otra con ropaje administrativo, ambas por un mismo contenido del injusto.

Los profesores Zaffaroni, Alagia & Slokar (2008) ilustran esta problemática al señalar que, cuando la administración castiga un mismo hecho penalizado con sanciones que no son penas formales se otorga una patente de corso para que el Estado incurra en una duplicidad punitiva: al imponer, por un lado, una sanción, de naturaleza más discrecional e impuesta al margen de los límites del derecho penal (que vendría a ser la administrativa, pero que, incluso, puede ser más gravosa que la pena) y, a la par, verter el poder punitivo manifiesto, el cual omite considerar a la sanción expulsada de su ámbito discursivo (p. 133).

En esa línea, resulta importante resaltar que la expresa transgresión al “*ne bis in ídem*”, por parte de la normativa administrativa no es ni ha sido una problemática exclusiva de nuestro país; pues, como resalta la jurista Górriz (2003), en la normativa sancionadora española, anterior a la Constitución de 1978, regía el “principio de independencia de la potestad administrativa”, que autorizaba la coexistencia pena y sanción administrativa, compatibilidad que, precisamente, fue enervada producto

del reconocimiento de cada uno de los alcances del “*ne bis in ídem*”, suponiendo una auténtica transformación que desde hace tiempo atrás venía siendo exigida por la doctrina, así como por una tímida jurisprudencia (p. 196; 247).

Es así que, en consonancia a lo acaecido en España, el desarrollo conceptual del “*ne bis in ídem*”, por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional, deben ser los baluartes de la transformación constitucional del tejido sancionador peruano, en desmedro de la clara y perenne reticencia a la constitucionalización del orden punitivo nacional. Es por ello que, se debe dotar a la identidad de fundamento de un contenido concreto que permita su delimitación eficiente. Para ello, no es suficiente el análisis del bien jurídico, sino que se debe examinar el injusto en su integridad, tomando en cuenta sus elementos constitutivos normativos esenciales.

En dicho sentido, para concretizar el contenido de la identidad del fundamento y paliar la situación problemática descrita, se debe considerar al contenido del injusto como fundamento de la sanción penal y/o administrativa; surgiendo la necesidad urgente de justificar dogmáticamente esta identificación y establecer reglas materiales (de *lege lata*) como procesales, que permitan, en la práctica, evitar la vulneración de la mencionada garantía.

En efecto, estas soluciones dogmáticas se hacen necesarias pues, como advierte De la Rosa (2003), no existe una coordinación entre las esferas legislativas administrativa y penal, generando la regulación como infracción administrativa, lo que ya es regulado como crimen, o en sentido contrario, ocasionando una inflación punitiva injustificable (p.92); problemática que en el país ibérico ha significado, hace tiempo, una llamada de atención sobre la importancia de crear y delimitar mecanismos de articulación procesal, que operativicen esta garantía, tal como ha desarrollado posteriormente su jurisprudencia y como debe desarrollarse también en nuestro país (“Tribunal Constitucional Español”, Sentencia N°

73/1983 de 03 de Octubre, Fundamento N° 3).

Por otro lado, se debe tener presente que, la delimitación y concretización de la identidad de fundamento permite que la garantía del “*ne bis in ídem*” extienda su eficacia, sin mayor obstáculo, desde la esfera meramente penal hasta el ámbito del derecho administrativo, generando que la proscripción de la doble sanción y persecución con la triple identidad se aplique también en aquellos casos en que concurra un proceso o sanción penal y un procedimiento o sanción de índole administrativa.

Así, constituye un cambio significativo pasar de considerar únicamente al bien jurídico como la identidad de fundamento del “*ne bis in ídem*”, a otorgarle a dicha identidad un contenido normativo completo y concreto a partir de los elementos esenciales del injusto perseguido o sancionado. De esta situación surgen una serie de preguntas que deben ser esclarecidas en el ámbito dogmático, pero que repercuten en la práctica, como por ejemplo ¿Cuál es la relación entre ambos órdenes punitivos? o ¿Cuáles son los criterios procesales a tomar en cuenta para efectivizar al “*ne bis in ídem*”, ante una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador por el mismo fundamento?

Las respuestas a todas estas preguntas son factibles de encontrar a través de la investigación sobre la serie de teorías y propuestas de solución que se presentan sobre el tema en concreto y que tiene como pregunta base a la siguiente:

2.2. Formulación del Problema

¿Cuál es el contenido de la identidad de fundamento, propia del “*ne bis in ídem*”, ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador?

2.3. Hipótesis

La hipótesis que será contrastada en el sustento de la postura que se desarrolle infra es que, “la identidad de fundamento, propia del *ne bis in idem*, ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador es el contenido del ilícito penal o administrativo reflejado en sus elementos normativos constitutivos, lo cual le permite proponer una comparación normativa de ambos ilícitos para determinar la presencia o ausencia de su fundamento.

Si bien es cierto, al ser la investigación de índole cualitativa-dogmática, la hipótesis carece de variables (las cuales, incluso, no son de exigencia en la directiva de elaboración de tesis aplicable); no obstante, con el fin de conjurar eventuales necesidades, se podría identificar en la hipótesis a las variables «identidad de fundamento», «*ne bis in idem*», «sanción penal», «proceso penal», «sanción administrativa», «procedimiento administrativo sancionador», «ilícito penal», «ilícito administrativo» y «elementos normativos constitutivos», las cuales serán conceptualizadas, desarrolladas, teorizadas y contrastadas en el estado de la cuestión y el desarrollo de la propuesta de la presente investigación.

2.4. Objetivos de la investigación

2.4.1. Objetivo General:

- Determinar el contenido de la identidad de fundamento, propia del “*ne bis in idem*”, ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador.

2.4.2. Objetivos Específicos:

- Analizar la capacidad de rendimiento del bien jurídico como único criterio para definir la identidad de fundamento en el “*ne bis in ídem*”.
- Redefinir el alcance de la identidad de fundamento, tomando como base el concepto de injusto.
- Proponer criterios normativos (*lege ferenda*) para una aplicación real y operativamente eficiente del principio de “*ne bis in ídem*”.

2.5. Metodología Aplicada

Esta investigación es de tipo dogmática, la cual, por su naturaleza, tiene como objeto el estudio sistemático del ordenamiento jurídico, relativo a la problemática planteada, con el fin de describir el objeto de investigación y, sobre todo, prescribir soluciones, de *lege lata* y, en lo necesario, plantear alternativas de *lege ferenda*, para superar los problemas de interpretación normativa relativos al tema que atañe.

En ese sentido, con la presente investigación no se realiza una descripción eminentemente exegética, sino que se desarrolla una tarea valorativa del conjunto de normas que regulan el objeto de investigación, reconociendo y concretizando los supuestos axiológicos que emanan de nuestro ordenamiento jurídico, focalizando la atención en la identificación, revelación y aplicación del contenido basilar del principio del “*ne bis in ídem*”.

Así, metodológicamente, se recoge la información pertinente de fuentes documentales (leyes, códigos, libros, tratados, manuales, revistas, conferencias, simposios, ensayos, artículos, tesis) extrayendo sus paradigmas y construcciones teóricas, cuyo contenido relevante es sintetizado, analizado, comparado y sistematizado, con el fin de interpretar dogmática y lógicamente las distintas instituciones jurídicas

relativas al tema; aunado al estudio de las fuentes formales del derecho (normas jurídicas, principios, jurisprudencia, doctrina) se obtiene una revisión crítica al estado de la cuestión teórica actual; a partir de esto, se analiza la consistencia o inconsistencia de las teorías existentes, se identifica las construcciones teóricas más adecuadas, proponiendo las posibles soluciones normativas al problema planteado, concibiendo el problema jurídico desde una perspectiva formalista, esto es descontando los elementos fácticos estadísticos relacionados con la institución normativa abordada (Witker, 1999, p.13).

Al respecto, es necesario dejar en claro, que la presente tesis no se limita a realizar un estudio interpretativo; sino, como señala el profesor Atienza, la dogmática a realizarse “tiene como responsabilidad ordenar un sector del ordenamiento jurídico y proponer soluciones a problemas concernientes a la producción, interpretación y aplicación de las normas relativas al tema objeto de estudio” (Atienza, citado por Terradillos, 2014, p.14); buscando, entre todas las soluciones posibles, a aquella que, “en su articulación y en sus consecuencias, resulte más coherente en relación con los principios jurídicos y las construcciones dogmáticas; y, por ende, pueda juzgarse acreedora de un mayor consenso racional por parte de la comunidad jurídica” (Atienza, citado por Terradillos, 2014, p. 24).

En efecto, la presente investigación busca, en ejercicio del método dogmático, lograr un rigor normativo, que no sólo se proyecte en la academia, sino que también se proyecta hacia fuera, proporcionando a los destinatarios de la norma y a sus aplicadores la necesaria y políticamente exigible seguridad a la que sólo se puede acceder cuando se haya establecido con nitidez los límites entre lo prohibido y lo permitido (Roxin, citado por Terradillos, 2014, p. 22), cuestión más que importante si se tiene en cuenta que la presente investigación tiene como objeto un principio basilar como es el “*ne bis in ídem*”.

Así, como refiere Terradillo (2014) al tratarse de una problemática que involucra a una garantía constitucional, a pesar que la misma haya sido anteriormente objeto de propuestas de resolución, su variación, e incluso su aclaración, es también importante para el desarrollo dogmático y académico (p. 24).

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN

3.1. Cuestiones Previas

El presente sub capítulo plantea un repaso de la teoría del “*ne bis in idem*”, identificando y tomando postura sobre su naturaleza y su anclaje constitucional; cuestión que se realiza en base al desarrollo de los acápites subsiguientes.

3.1.1. Nomenclatura del “*ne bis in idem*”

Citando a Domingo & Rodriguez, De la Rosa (2003) precisa que, el principio objeto de esta investigación aparece desde el Viejo Testamento, en cuyo contenido “el profeta Nahum refiere como «*non iudicabit Deus in id ipsum*». Asimismo, refiere que el principio se recogió en la «*Lex Acilia repetundarum*», del 123-122 a.c, debiéndose a Johannes Tentonicus la primera formulación medieval del aforismo: «*non potest sive enim quis sit condemnatus, sive absolutus tomen super eodem crimine suepius agi non potest*»¹, habiéndose también formulado el brocardo como «*bis de eadem re agere non liquet y bis de aedem re ne sit actio*»² (pp. 89-90).

Ahora bien, un aspecto formal, pero no por ello menos importante, es la diversa terminología o denominación que usa: “*Non bis in idem*” y “*ne bis in idem*”³; motivo por el cual es conveniente señalar las diferentes posturas al respecto, teniendo en cuenta que numerosas veces desentrañar el significado de la palabra facilita apreciar su verdadero alcance. Así, el

1 Traducido al español, dice: “Un hombre no puede ser condenado y absuelto, a la vez, del mismo cargo, pues la acción judicialno puede ser atomizada”.

2 Traducido al español, dice: “La acción no puede incoarse sobre un asunto conocido dos veces”

jurista argentino Maier (2008) sostiene que “lo más conveniente y correcto es utilizar el adverbio negativo “*ne*”, pues esta forma se usa en textos imperativos o jurídicos” (pp.411); debiéndose tener en cuenta, como afirma el profesor Reátegui (2006) que, “el adverbio “*non*” es un adverbio que se emplea para negar un hecho real, verbigracia “*non venit*” (no vino); mientras que el adverbio “*ne*” se usa para prohibiciones o deseos, por ejemplo “*ne bis in idem*”(no doble sobre lo mismo)” (pp.21-22).

Por otro lado, Lopez (2004) sustenta que es más adecuado utilizar el *non*, por tener una traducción más imperativa (p.17) y finalmente el procesalista Binder (2002) asume como válido la utilización de ambos términos (p.163). En la presente investigación, para una mejor utilización del latinismo, se refirá a esta garantía constitucional, en la misma línea que Maier y Reátegui, es decir como “*ne bis in idem*”.

3.1.2. Naturaleza Jurídica y Fundamento Constitucional del “*ne bis in idem*”

La garantía del “*ne bis in idem*” es un principio general del derecho y un derecho fundamental³, que se entiende literalmente “no dos veces sobre lo mismo” y refleja la prohibición de un doble castigo sobre un mismo hecho realizado por una misma persona y castigado por el mismo fundamento.

Reátegui (2006) señala que el “*ne bis in idem*” nace como un instrumento para solucionar la perenne tensión entre la justicia material y la seguridad formal. Según este autor, en el caso del “*ne bis in idem*” material se resuelve este conflicto a favor de la seguridad jurídica, al

³ Se sigue aquí la teoría de la bidimensionalidad de un derecho fundamental: subjetivamente como facultades de acción que facultan a su titular exigir el cumplimiento de lo dispuesto normativamente; y objetivamente como principios y valores esenciales de la comunidad social, para lo cual asumen una dimensión política institucional irradiada a todos los ámbitos de la vida estatal (García Toma, 2018, p.24).

existir en los conflictos ya juzgados una presunción *iure et de iure* de verdad histórica que impide que estos se reabran, con excepciones como el recurso de revisión (que únicamente puede favorecer al condenado) o en caso de archivo indebido del juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos, los cuales materializan supuestos en los que la justicia vence a la seguridad jurídica y el “*ne bis in ídem*” queda desplazado por el derecho a la verdad, permitiendo la existencia de dos procesos penales, por más que exista la triple identidad (p. 22).

Si bien, la garantía del “*ne bis in ídem*” no se encuentra reconocida de forma explícita por la Constitución Política del Perú, como si lo está la “cosa juzgada”⁴, se la considera un derecho fundamental implícito que se deriva de diferentes derechos fundamentales reconocidos expresamente en la carta magna nacional.

No obstante, la falta de reconocimiento explícito del “*ne bis in ídem*” por la Carta Magna sí tiene consecuencias negativas, pues es la Constitución la que debe recoger aquellos principios rectores que irradian y fundamentan la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso del “*ne bis in ídem*”, de modo que su no reconocimiento genera vacíos en la determinación de su alcance y aplicación general (no solo en el ámbito sancionador) y sería mucho mejor para efectos de la seguridad jurídica que este principio de trascendental importancia, que se vincula de manera diversa con numerosas instituciones materiales y procesales del derecho, tenga reconocimiento expreso en el máximo nivel constitucional.

Si bien es cierto, de acuerdo al Art. 3° de la Constitución, no es necesario que se recoja expresamente para su reconocimiento y validez, sí es útil para la fijación de su contenido que una definición expresa permita una aplicación uniforme por los distintos órganos del Estado. Es así que, se comparte la opinión del profesor Yon Ruesta (2000), para quien, al no existir mención expresa en la Constitución, de por lo menos

4 Regulado en el Art. 139 incisos 2 y 13 de la CPP.

su contenido y alcance, se genera, en el ámbito nacional, su no aplicación” (p. 228).

En la misma línea, el jurista Nieto (2005) concluye que, la ausencia de una proclamación constitucional en España ha generado que el “*ne bis in ídem*” se desarrolle como creación doctrinal, por mimetismos de derecho comparado y por una jurisprudencia, especialmente, vacilante (p. 399); cuestión que se repite en el Perú.

Ahora bien, al tener sólo este reconocimiento implícito, nace inmediatamente la siguiente pregunta: ¿De qué principio rector o derecho fundamental se deriva el *ne bis in ídem*? Para responder esta interrogante surgen varias posturas, entre las que se encuentran las siguientes:

3.1.2.1. “Como derivación de la inviolabilidad Derecho de Defensa”.

Esta postura señala que el “*ne bis in ídem*” se desprende del derecho de defensa, con el que comparte la misma naturaleza jurídica, pues por medio del “*ne bis in ídem*” el ciudadano busca defenderse del poder desproporcionado del Estado y de su injerencia arbitraria y excesiva en su ámbito personal, lo que se evidencia en la materialización de esta garantía al momento de ejercerse medios de defensa procesales como la excepción.

Sin embargo, a decir de James Reátegui, esta concepción estaría errada, pues el sólo hecho de que un medio de defensa efectivice al “*ne bis in ídem*”, no permite concluir que esta garantía y el derecho de defensa tienen la misma naturaleza jurídica, pues se podría llegar al absurdo de pensar que otras instituciones como la “cosa juzgada” también tendrían el mismo fundamento, sólo por el hecho de efectivizarse por medio de una excepción (Reátegui, 2006, p. 30).

3.1.2.2. Como derivación del Principio de Legalidad.

El principio de legalidad prescribe que ninguna persona puede ser objeto de instrucción o sanción por un ilícito no previsto como tal

previamente en una norma. Así, dicho contenido guarda estrecha relación con el “*ne bis in ídem*”, ya que, sin este ámbito de protección, el ciudadano podría ser objeto de prosecución o castigo por un mismo *factum* en múltiples oportunidades, debido a la falta de prevesibilidad de la respuesta estatal ante una conducta incurrida.

Esta teoría es aceptada por el “Tribunal Constitucional Español”, el cual ha apuntado que “el “*ne bis in ídem*” está inmerso en la garantía de la legalidad de los delitos y sanciones, pues su efectividad depende de la existencia previa de normas jurídicas que determine, de manera cierta, los comportamientos punibles” (“Tribunal Constitucional Español” STC 2/1981. Fto. N° 4). Del mismo modo, el “Tribunal Constitucional Peruano” afirma que este principio está conectado con los axiomas de legalidad y proporcional, pues “la exigencia de *lex previa* y *lex certa* se justifica en la necesidad de garantizar a los ciudadanos el conocimiento previo del contenido de la reacción punitiva del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, garantía que se vaciaría, por completo, si un mismo hecho, puede ser objeto de dos sanciones con el mismo fundamento” (“Tribunal Constitucional. Exp. N°0002-2001-AI/TC Fto. N°6”).

Sin perjuicio de lo mencionado, es claro que la vinculación del “*ne bis in ídem*” con el principio de legalidad es aún más estrecha, debiéndose considerar a este principio no sólo como límite del derecho penal, sino como principio y garantía fundamental de toda persona que se encuentra sometida al “*ius puniendi*”, ya sea ejercido por el orden penal o por el administrativo.

En ese sentido, el principio de legalidad establece que toda conducta punible debe estar previamente establecida en una norma legal que determine con certeza el contenido del injusto, ya sea en una norma sancionadora administrativa o penal; determinación que no puede ser la misma (idéntica) en ambos ámbitos, pues de serlo así se trataría del mismo injusto castigado dos veces por distintos brazos sancionadores del Estado,

creándose de esta manera un gran riesgo para el “*ne bis in ídem*”.

Por lo tanto, la efectividad de este principio depende de la manera en que dos o más conductas son previa, cierta y estrictamente determinadas en una norma sancionadora, para que un solo hecho no sea sancionado de una forma desproporcional a la prevista en la ley.

3.1.2.3. Como derivación del Derecho al “debido proceso”.

Como refiere Landa (2002), el “debido proceso” es un derecho fundamental que se compone del “debido proceso” sustantivo –que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales– y del “debido proceso” adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales” (p.447); siendo una de estas garantías el “*ne bis in ídem*”, el cual fluye como contenido implícito de este Derecho Fundamental. Así lo ha referido el “Tribunal Constitucional Peruano”, al señalar que dicho principio está incluido en el “debido proceso” (“Tribunal Constitucional. STC 0067-1993-AA/TC, Exp. 2868-2004-AA/TC”).

Como se puede apreciar, esta sería la posición oficial del Estado –al menos de su máximo tribunal –; sin embargo este fundamento no acaba la trascendencia del “*ne bis in ídem*”; pues, como se desarrollará al momento de exponer la posición del autor, el “debido proceso” tiene aptitud para sustentar únicamente el contenido procesal del “*ne bis in ídem*” como una regla impeditiva de la incoación o prosecución de más de un proceso penal y/o administrativo contra una misma persona, sobre el mismo hecho y por el mismo fundamento; sin embargo, ni el «“debido proceso” adjetivo» ni el «“debido proceso” sustantivo» son suficientes para fundamentar al “*ne bis in ídem*” material, ni tampoco para sustentar la existencia de una garantía que, al igual que el “debido proceso”, se fundamenta en la libertad y, por lo tanto, en la dignidad del hombre, requiriendo, por ello, un sustento mucho más amplio y autónomo.

3.1.2.4. “Como derivación del Principio de la Seguridad Jurídica”.

Esta postura, defendida por el profesor Fernando Núñez Pérez (2012), señala, sin diferenciar su contenido material del procesal, que su fundamento es el principio de seguridad jurídica, pues “contiene sub-principios que buscan limitar la facultad sancionadora del Estado, en busca de la interdicción de la arbitrariedad” (p. 80). Del mismo parecer es el profesor López (2004), quien manifiesta que “es el principio de seguridad jurídica el que impide que un ciudadano se vea sometido a un nuevo procesamiento por el mismo factum, ya que lo contrario sólo traería una gravísima inseguridad jurídica” (p.57).

Ahora bien, al respecto surge la siguiente pregunta: ¿La seguridad jurídica es el principal fundamento también cuando no existe la “cosa juzgada” material? El autor es del parecer que en tal supuesto la seguridad jurídica es igualmente importante; pues, con más de un proceso instaurado por lo mismo, el ciudadano no tendrá seguridad sobre su destino, ya que tendrá la incertidumbre de si cada uno de los procesos instaurados en su contra tendrá o no el mismo desenlace.

3.1.2.5. Como derivación del Principio de Racionalidad y Proscripción a la Intervención Arbitraria (Sub Principio de Proporcionalidad).

En este contexto, la doble sanción a una persona vulneraría esta proporcionalidad entre la reacción del Estado y los fines que el mismo busca conseguir al activar su maquinaria persecutora. Así, como se adelantó supra, el Tribunal Constitucional nacional considera que el “*ne bis in ídem*” también se sostiene en el principio de proporcionalidad, el cual, como anota Caro (2006) “se encuentra vinculado a la prohibición de exceso” (p.2), posición que, incluso, es suscrita por el Tribunal Constitucional Ibérico, quien deja en claro que la pluralidad de sanciones

por el mismo hecho genera una respuesta ajena al juicio de proporcionalidad que, en un momento previo, realizó el legislador (STC español, 2/2013, Fto. 3).

3.1.2.6. Toma de Posición

En la presente tesis se sostiene que esta garantía tiene fundamento distinto, dependiendo de si se sustenta su contenido material o procesal. Es así que, materialmente, el “*ne bis in ídem*” deviene del principio de proporcionalidad y legalidad, los mismos que generan su eficacia, ante todo, en el momento pre-legislativo y legislativo – de *lege ferenda*– en el cual se presenta la necesidad de un análisis dogmático de los injustos que, en el orden penal y administrativo, se pretenden regular, para que no exista un mismo contenido entre los mismos. Ahorabien, *De lege lata* ambos principios impiden la imposición de una doble sanción a una persona producto de un “*bis in ídem*” legalmente imprevisto y desproporcional al injusto incurrido.

Desde su vertiente procesal, el “*ne bis in ídem*” tiene su sustento en el principio del “debido proceso”, el cual regula todas las garantías mínimas (entre ellas el “*ne bis in ídem*”) de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales; encontrando, también, su fundamento en el principio de seguridad jurídica, cuyos efectos evitan que el ciudadano se encuentre perennemente asediado con la posibilidad de sufrir una sanción.

Finalmente, no se puede dejar de subrayar que el “*ne bis in ídem*”, considerado tanto desde su vertiente procesal como material, tiene como fundamento a la dignidad, la misma que no puede verse doblemente restringida, ya sea con la imposición de sanción (“*ne bis in ídem*” material) o con su mera amenaza (“*ne bis in ídem*” procesal); pues, como menciona el maestro italiano Ferrajoli (1995) más allá de lo epidérmico, los simientos basilares del “*ne bis in ídem*” son el principio de humanidad y la dignidad humana, que tienen como fin la extinción de la sobrecarga de dolor que significa procesar o penar más de una vez un mismo hecho (p.385).

3.1.3. Relación del “*ne bis in ídem*” con la “cosa juzgada”

Existe cierta confusión entre las instituciones del “*ne bis in ídem*” y la “cosa juzgada”, llegando a superponer los contenidos de ambas instituciones jurídicas, dejando de lado que, si bien existe cierta relación, los alcances de esta garantía no se agotan en la “cosa juzgada”.

En efecto, ambas instituciones tienen como fundamento a la seguridad jurídica; sin embargo, como apunta Bertelotti, citado por Reátegui (2006), el *ne bis in ídem* busca ser una garantía político constitucional que, más que la inmutabilidad de una sentencia, busca proteger la libertad del ciudadano (p.46); es por ello que, el “*ne bis in ídem*” tiene fines que van más allá de la seguridad jurídica.

Los pronunciamientos del “Tribunal Constitucional Peruano” han contribuido a la confusión de estas dos instituciones, al considerar al “*ne bis in ídem*” como un derecho implícito que, necesariamente, se desprende de la “cosa juzgada” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N°4587-2004-AA/TC, Fto. 46”); no obstante, dichos argumentos son insuficientes para fundamentar el alcance total de esta garantía; empeorando la situación con la confusión en que incurre nuestro máximo tribunal, respecto a los presupuestos del “*ne bis in ídem*” con los de la “cosa juzgada”, al haber señalado que, “para que el “*ne bis in ídem*” vierta sus efectos debe verificarse si uno de los dos procesos involucrados ha concluido con una decisión jurisdiccional firme” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 00286-2008 PHC/TC, Fto. 10”). Como puede apreciarse, para salvar esta superposición entre ambas garantías, es necesario señalar el punto en que ambas se relacionan, así como los aspectos en los cuales se diferencian.

3.1.3.1. Confluencia entre el “*ne bis in ídem*” y la “cosa juzgada”.

La “cosa juzgada” es una garantía conformante de la tutela jurisdiccional efectiva, la cual se encuentra contemplada en el artículo

139.3° de la Constitución Política del Perú como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional. El contenido constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva abarca al derecho al proceso, el derecho a una resolución fundada en derecho, el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, así como el derecho a la firmeza, invariabilidad y a la cosa juzgada, y, por último, la prerrogativa a la ejecución de lo decidido (San Martín, 2015, p.108).

En efecto, la Constitución garantiza el respeto de la firmeza de las decisiones judiciales y de la inmutabilidad de los factums en ellas declarados (Art. 139.2° CPP), siendo la inmutabilidad de lo firmemente decidido uno de los elementos que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la tutela jurisdiccional efectiva; pues, es claramente inadmisibles imaginar una jurisdicción efectiva –esto es que cumpla con los fines procesales– sin que lo decidido firmemente por la judicatura tenga la cualidad de inalterable.

En palabras de Monroy (2009), “si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo sólo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza es, precisamente, la “cosa juzgada” (p.184). Como colige dicho autor, es tan medular el contenido de esta importante garantía que lo que carece de “cosa juzgada”, simplemente, no puede ser jurisdicción (p. 436).

Teniendo en claro que la “cosa juzgada”, como calidad de indiscutibilidad de lo jurisdiccionalmente declarado, es intrínseca a la jurisdicción misma y constitutiva del derecho fundamental a la tutela judicial; es ahora importante delimitar su contenido constitucionalmente tutelado, del cual, a decir del “Tribunal Constitucional Peruano”, se desprende, “por un lado, una orden de cumplimiento de lo ordenado o declarado en ella; y, por otro lado, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las resoluciones que

ostentan la calidad de cosa juzgada” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 1569-2006-AA/TC, F.J N° 04”).

Ahora bien, del contenido constitucionalmente protegido fluye las vertientes formal y material de la “cosa juzgada”, las cuales son descritas por Roxín (2000) a partir de los diferentes efectos de la resolución final del proceso –que generalmente es la sentencia–, de tal manera que, la “cosa juzgada” formal se refiere a la inimpugnabilidad de una decisión en el marco del mismo proceso “(efecto conclusivo) y a la ejecutabilidad de la misma (efecto ejecutivo); mientras que la “cosa juzgada” material provoca que la causa juzgada firme no pueda ser nuevamente objeto de otro procedimiento (efecto impeditivo)” (pp.57-58).

En sentido similar, el “Tribunal Constitucional Español” ha resumido los efectos de la “cosa juzgada” material en su “efecto positivo, de manera que lo decretado por la resolución firme constituya verdad de derecho, y en su efecto negativo, el cual proscribire una nueva resolución sobre lo mismo” (“Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” Nro. 77/1983 de tres de octubre”).

Es de esta manera que la “cosa juzgada” material (efecto impeditivo de la sentencia) genera la aplicación del “*ne bis in ídem*”; sin embargo, el alcance de esta garantía no se agota en los efectos generados por la “cosa juzgada” material, sino que va mucho más allá, pues el “*ne bis in ídem*” es una garantía que protege al ciudadano en circunstancias en que no se ha dado previamente una resolución judicial con calidad de “cosa juzgada”.

Ejemplo de lo dicho sucede cuando existen dos procesos sancionadores (penales o administrativos) paralelos, sin que alguno de ellos haya terminado en una resolución firme (litisdependencia) o cuando ha existido un pronunciamiento administrativo firme que no genera “cosa juzgada”, sino cosa decidida. De lo dicho se puede concluir que, si bien la institución de la “cosa juzgada” se relaciona con el “*ne bis in ídem*”, ésta

no agota sus alcances y efectos.

3.1.3.2. Diferencias del “ne bis in ídem” y la “cosa juzgada”.

La primera diferencia es que el “*ne bis in ídem*” no tiene regulación constitucional expresa, sino de manera implícita, sino que es inferida de otros principios constitucionales como el de legalidad, “debido proceso”, etc.; mientras que, la institución de la “cosa juzgada” se encuentra regulada expresamente en el inciso 2° del artículo 139° de la carta magna.

En segundo lugar, la “cosa juzgada” requiere que exista una resolución judicial firme (ya sea ejecutoriada o consentida); mientras que el “*ne bis in ídem*”, no requiere necesariamente que exista la misma, pues se puede acudir al “*ne bis in ídem*” también ante el supuesto que haya dos procesos penales o administrativos paralelos, sin que uno de ellos haya concluido en una resolución firme, o cuando exista una resolución administrativa firme que genera los efectos de cosa decidida, más no de la “cosa juzgada”.

De lo expuesto fluye que resulta problemático exigir la presencia de la “cosa juzgada” como condición del “*ne bis in ídem*” material; pues, para que la vigencia del “*ne bis in ídem*” incluya al derecho administrativo sancionador, es necesario que la cosa decidida adquiera efectos jurídicos similares al de la “cosa juzgada”. Al respecto, Nieto (2005) sugiere que el Derecho Administrativo debería elaborar una dogmática propia inspirada en la estructura de la “cosa juzgada” (p.402).

En efecto, si sólo producto de la figura de la “cosa juzgada” se puede efectivizar exitosamente el “*ne bis in ídem*”, entonces en el caso del derecho administrativo sancionador, se tendría que crear una dogmática propia que refuerce los efectos de la cosa decidida, con el fin de que esta tenga, en el plano sancionador, la misma eficacia que la “cosa juzgada”, supliendo (sólo para materia sancionadora) las carencias de la cosa decidida, que la minimizan respecto a la “cosa juzgada”, como es el caso de la característica de firmeza, con la que la cosa decidida no cuenta.

Sin embargo, se cree que no es necesario realizar una construcción dogmática que equipare los efectos jurídicos de la “cosa juzgada” a la cosa decidida; pues, como se ha sostenido supra, el “*ne bis in ídem*” no agota sus alcances en la “cosa juzgada”; por lo que no hay obstáculos para señalar que el “*ne bis in ídem*” es invocable también cuando se ha vertido una sanción mediante una resolución administrativa que constituye cosa decidida.

En el mismo sentido, el profesor Reátegui (2006) apunta que la cosa decidida, que brinda de seguridad jurídica a las decisiones de los entes administrativos, constituye una manifestación del “*ne bis in ídem*” (p.50); y, como apunta Fernando Núñez (2012), si bien la cosa decidida no basta para sustentar la “cosa juzgada”, si puede servir para sustentar el “*ne bis in ídem*”, siendo ésta una de sus principales diferencias (p.24).

Finalmente, como se ha señalado supra, el “*ne bis in ídem*”, a diferencia de la “cosa juzgada”, también tiene vigencia en el supuesto de litisdependencia, es decir cuando se abren dos procesos paralelos, penales o administrativos sancionadores sobre el mismo injusto; pues, como deja en claro Burgos (2005), dicha garantía no se extingue en la “cosa juzgada”, sino que posee mayor amplitud, al no sólo proscribir la múltiple persecución sucesiva, sino también la múltiple persecución paralela (p.74).

3.1.4. Contenidos Esenciales del “*ne bis in ídem*”

El “Tribunal Constitucional Peruano”, al igual que el “Tribunal Constitucional Español”⁵, mediante sentencia del 16 de abril del 2003, han dejado en claro que el “*ne bis in ídem*” tiene dos vertientes: una de índole material y otra de índole procesal (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 2050-2002-AA-TC”).

⁵ Sentencias 2/1981 y 77/1983 del Tribunal Constitucional Español.

3.1.4.1. El “*ne bis in ídem*” Material.

El “*ne bis in ídem*” material prohíbe la imposición de una sanción por el mismo hecho y por el mismo fundamento. Así, lo que se busca es evitar una sobreacción del derecho, a partir de la cual se impongan desproporcionadamente más de una sanción (en el mismo o en diferentes órdenes punitivos) a un mismo hecho y por el mismo fundamento. El “Tribunal Constitucional Peruano” señala que “esta dimensión prohíbe que una persona sea castigada más de una vez por la misma infracción, siempre y cuando exista identidad de hecho, sujeto y fundamento” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp N° 8123-2005-PHC/TC-LIMA”).

El “*ne bis in ídem*” material tiene como fin la defensa del “ciudadano de cualquier actuación estatal que tenga como fin sancionarlo más de una vez por el mismo injusto cometido, provenga con “ropaje penal o con ropaje administrativo” (Núñez, 2012, p.114). No obstante, su eficacia no se agota en lo dicho, sino que, a decir de Prado (2010) proscribire, también, “la doble valoración de un hecho bajo un mismo fundamento para agravar una pena, como es el caso del doble uso de agravantes al momento de la determinación de la pena (pp. 144-145); e, incluso, fundamenta la inconstitucionalidad de figuras jurídicas como la reincidencia”. Como dice el profesor Queralt (1992), “castigar dos o más veces por el mismo hecho, considerar una agravante más de una vez o hacer recaer una sanción administrativa y una sanción penal sobre ese mismo hecho, equivale a imponer, en sentido estricto, más de una penalidad” (p. 9).

Respecto a este contenido material se presentan una serie de aspectos problemáticos, como la pena compuesta, la necesidad de efectividad o declaración de la sanción o la consideración de las sanciones impuestas en la jurisdicción comunal. Sobre estos temas, no poco relevantes, se sienta posición en los siguientes subacápites.

A) “ne bis in ídem” y Pena Compuesta.

El “ne bis in ídem” material protege al ciudadano de una múltiple sanción, más no de una pena conjunta o compuesta, supuesto que puede ocurrir sin contravenir este importante principio, tal como ha dejado en claro el máximo tribunal nacional (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp 003-2005-PI/TC); posición que se suscribe, pues una pena conjunta (verbigracia una pena de multa sumada a una pena de prestación de servicios a la comunidad) debe ser considerada como una única sanción correspondiente al injusto cometido, impuestas para concretizar, de manera acumulativa, los fines preventivos de la pena.

B) Para la invocación del “ne bis in ídem”: “¿Es necesaria la efectiva reiteración sancionatoria o basta con la declaración de imposición?”

Otro tema de importante discusión es si la primera sanción impuesta debe haber sido efectivamente cumplida o basta con la mera declaración de su futura imposición, para que esta pueda evitar una futura segunda sanción. El “Tribunal Constitucional Español” se ha inclinado por las dos alternativas sucesivamente: primero, “prevaleciendo la seguridad jurídica, señaló que simple declaración de la sanción es suficiente para activar el *ne bis in ídem*” (STC N° 177/1999. F.J N° 04); sin embargo, posteriormente, el mismo tribunal, en la STC 2/2003, de 16 de enero, estableció que “la vulneración del *ne bis in ídem*” material requiere la efectiva reiteración sancionadora, no siendo suficiente la simple declaración”.

En la presente investigación se sostiene que, para la invocación de la garantía del “ne bis in ídem” material, no basta con la mera declaración de imposición, sino que es necesario que la sanción se haya efectivizado, para que de esta manera exista un primer castigo como presupuesto de la prohibición de un segundo; pues, mientras no exista el primero, es una verdad de Perogrullo que no existirá tampoco el segundo, sin perjuicio

que, para la vigencia plena del “*ne bis in ídem*” (incluido ya al “*ne bis in ídem*” procesal) se deba optar por considerar a la sanción administrativa desde el momento en que existe una declaración de imposición de la misma.

C) El “*ne bis in ídem*” material en la “*jurisdicción comunal*”.

Este aspecto es de trascendental importancia en un país pluricultural como el Perú, en donde ordenamientos jurídicos comunales, basados en valores consuetudinarios ancestrales, coexisten con el ordenamiento jurídico ordinario. Esta coexistencia puede generar conflictos entre ambos ordenamientos jurídicos, como acaecería en el caso en que un individuo, miembro de una comunidad campesina, haya sido castigado de acuerdo a sus costumbres y cultura con las propias sanciones de su comunidad y, en un segundo momento, el Estado, que reconoce su jurisdicción especial, intenta acumular una nueva sanción de acuerdo al ordenamiento jurídico ordinario.

Al respecto, se sostiene que si el Estado, con la actuación de sus distintos órganos judiciales, pretende sancionar a esta persona, incurriría en una grave transgresión constitucional, pues es la misma Constitución, en su artículo 149°, la que reconoce y otorga facultades jurisdiccionales a las comunidades campesinas, de tal manera que el Estado no puede desconocerlas y sancionar nuevamente a dicha persona, debido a que la primera aflicción que sufrió no ocurrió al margen del derecho, sino dentro del mismo, salvaguardando, de esta manera, los principios y valores culturales que guían el desarrollo de la comunidad campesina y la vida del sancionado como miembro de la misma.

Sobre ello, el maestro Zaffaroni (2006) recalca que, cuando un ciudadano ha sido sancionado conforme a su cultura indígena, éste se encuentra impedido de “verter una pena, debiendo al menos computar la pena comunitaria como parte de la pena que se aspira imponer, bajo riesgo

de incurrir en un doble castigo y, con ello, transgredir el “*ne bis in idem*”; pues es imposible desconocer un sistema de solución de conflictos que el propio Estado reconoce” (p.115).

A pesar de suscribir la esencia de la opinión citada, se objeta el extremo que justifica el descuento de la sanción impuesta por la comunidad indígena a la sanción que imponga la justicia ordinaria, pues, en primer lugar, se está desconociendo la valoración que ha hecho dicha comunidad indígena del injusto cometido por el sancionado, el cual de acuerdo a sus valores culturales, no amerita mayor castigo del ya otorgado y, en segundo lugar, porque el descuento de la sanción primigenia no evita la vulneración del contenido procesal de esta garantía⁶.

La defensa de un reconocimiento pleno de la sanción impuesta en la jurisdicción comunal radica en que, a diferencia de otros países⁷, el Perú no establece un catálogo de delitos que puedan o no puedan ser conocidos por la jurisdicción comunal, bastando, conforme al Acuerdo Plenario Penal Nro. 1-2009/CJ-116, que exista una comunidad diferenciada por su origen étnico o cultural que reconozca orgánica y normativamente a una autoridad comunal, la cual podrá administrar justicia sobre aquellos

6 Al respecto, el letrado David Barreto Chiche, en su Tesis para obtener el título de abogado, concluyó que, la identidad de fundamento entre una sanción comunal y ordinaria deberá ser establecida “mediante el test de proporcionalidad – idoneidad (los fines que cumplen las sanciones de las rondas campesinas sean idénticas a los fines del Derecho Penal), necesidad (las sanciones impuestas por las rondas campesinas no deben ser más gravosas que las penas impuestas por la Jurisdicción Ordinaria Penal) y proporcionalidad en sentido estricto (la intensidad de la reacción de las sanciones ronderiles sea por lo menos equivalente a la intensidad de la pena del Derecho Penal– que la sanción impuesta por las rondas campesinas cumplen los mismos fines del Derecho Penal” (Barreto, 2018, pp. 215-216)

7 “En Venezuela, la Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades Indígenas reserva para la jurisdicción estatal el juzgamiento de delitos contra la seguridad y la integridad de la nación, corrupción, delitos contra el patrimonio público, delitos aduaneros, narcotráfico, tráfico de armas, crímenes organizados y crímenes internacionales: genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. Este criterio coincide con el que plantea el Código Procesal Penal de Paraguay, cuando señala que la competencia de las comunidades indígenas versa sobre hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad o bienes personales de alguno de sus miembros, y no aquellos casos señalados en la norma venezolana, donde el agraviado es el Estado. El Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca, en México, mantiene la misma redacción que el código del Paraguay, pero además excluye de la competencia de las comunidades indígenas los casos de homicidio doloso, violación, violencia familiar, los delitos cometidos contra menores de 22 Artículo 133, inciso 3, el artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades 125 65 doce años, los delitos agravados por el resultado de muerte y los delitos de asociación delictuosa” (Ardito, 2010, pp. 124-125).

delitos realizados en su ámbito territorial que han amenazado la supervivencia o el mantenimiento de la comunidad como tal.

3.1.4.2. El “*Ne bis in ídem Procesal*”.

El “Tribunal Constitucional Peruano” ha dejado por sentado que el “*ne bis in ídem*” procesal garantiza que un ciudadano no pueda ser procesado por múltiple vez por los mismos hechos, lo que implica tanto la dualidad de procedimientos (uno en orden penal y otro en orden administrativo), como el inicio de un nuevo procedimiento en cada uno de estos órdenes (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp. 2050-2002-AA/TC).

A tenor de dicha sentencia, Binder (2002) manifiesta que la existencia de un proceso penal y otro de índole administrativa, “sustentados en los mismos hechos y fundamentos jurídicos determinan la vulneración del derecho al “debido proceso”, ya que la persona se vería sometida a un doble procesamiento” (p.163).

A) El “*Ne bis in ídem Procesal*” y la “*Doctrina del Double Jeopardy*”.

En la quinta enmienda a la carta magna estadounidense, realizada en 1791, se prescribe que “tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito”. Este enunciado constitucional refleja el contenido del “*ne bis in ídem*” procesal, vinculando el *civil law* con el *común law*, en torno a un mismo principio. El profesor Caro (2006) resalta tal vinculación al señalar la relación del “*ne bis in ídem* procesal” con la formula doctrinal estadounidense del “*double jeopardy*”, que prohíbe que los ciudadanos, hayan sido determinados inocentes o culpables, puedan ser sometidos, por segunda vez, al riesgo de sufrir una sanción estatal (p.5); vinculación que es replicada también por el mismo Tribunal Constitucional (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 0729-2003- HC/TC, Fto. 3”).

Sobre esta enmienda constitucional, la “Suprema Corte de los Estados Unidos” ha manifestado que no es posible admitir que el Estado, con toda su autoridad y recursos, ejerza intentos sucesivos de condenar a un individuo, exponiéndolo a la estigmatización y gastos, además de compelerlo a vivir en una constante ansiedad de que, siendo inocente, se le pueda declarar culpable (“Suprema Corte de los Estados Unidos, Caso Green vs. EEUU”).

B) El “*ne bis in ídem* Procesal” y la “Nulidad del Proceso”.

En orden de afirmar la transgresión del “*ne bis in ídem*” procesal se debe verificar que el primer proceso se haya realizado conforme a derecho, cumpliendo con todas las garantías procesales; pues, de lo contrario, este primer proceso carecerá de validez, al haber sido realizado al margen del derecho. Esto implica que el primer proceso y la sentencia expedida, como producto del mismo, carecen de validez jurídica y por lo tanto no tienen existencia jurídica.

El “Tribunal Constitucional Peruano” ha señalado que “no existe transgresión del “*ne bis in ídem*” procesal cuando el nuevo proceso es a causa de la nulidad de uno previo en que se trastocó derechos fundamentales; debido a que el segundo proceso tendrá como fin corregir, siempre en favor del sancionado, una nueva transgresión” (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp. N° 3194-2004- HC/TC).

Como se puede apreciar, la clave de la relación entre la nulidad y el “*ne bis in ídem*” procesal, está en que éste último no puede ser alegado cuando el primer proceso ha sido declarado nulo, siempre y cuando ésta nulidad tenga como finalidad una corrección o remedio en favor del sancionado o procesado.

Para una mejor comprensión, es oportuno referenciar el caso Marcela Gonzales Astudillo, en el cual se dejó en claro que la incoación de un

proceso en el fuero ordinario, que tuvo como fin enmendar un vicio procesal grave acaecido en un primer proceso con jueces sin rostro (como era el caso del juez natural y la imparcialidad), no transgredía esta importante garantía constitucional (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 0729- 2003-HC/TC-LIMA”).

En este caso se aprecia que, en un primer momento, se juzgó a la señora Marcela Gonzales Astudillo con un colegiado conformado por los jueces sin rostro, vulnerándose garantías y derechos fundamentales a la procesada, como la garantía al juez natural e imparcial; por lo que el nuevo proceso tuvo como fin corregir estos defectos en favor de la procesada, sin que exista la posibilidad de que se alegue una contravención al “*ne bis in ídem*” procesal.

Esta sentencia es de trascendental importancia pues demuestra que, si bien la nulidad de un primer proceso hace inviable la alegación de vulneración del *ne bis in ídem* procesal, esto ocurrirá sólo si el segundo proceso tiene como fin subsanar un defecto en favor del ciudadano, mas no si se formula un nuevo proceso en perjuicio del mismo, el cual con una debida valoración de las pruebas ha sido ya absuelto; pues, como concluye el profesor San Martín (2003), “el Estado tiene una única chance para incoar su pretensión punitiva, si pierde esta oportunidad, ya no podrá ejercerla, así se invoque defectos técnicos o perspectivas distintas” (p.106).

C) El “*ne bis in ídem*” Procesal y la Acción de Revisión.

En el derecho, el valor formal de la seguridad jurídica y el valor material de la justicia se encuentran en un constante conflicto, cuya resolución, gracias al “*ne bis in ídem*”, se decanta en favor de la seguridad jurídica; sin embargo, hay ocasiones en las que la seguridad jurídica es soslayada para dar paso a la justicia.

Precisamente, una de estas ocasiones sucede cuando al inculpado es sentenciado por un delito cometido y, tiempo después, se encuentran pruebas que acreditan su inocencia. Para este supuesto, el artículo 449° del Código Procesal Penal permite la revisión de las sentencias firmes condenatorias cuando, por ejemplo, se descubren, con posterioridad al proceso, nuevos hechos capaces de evidenciar la inocencia del condenado.

Como fluye de dicho dispositivo legal, la acción de revisión es factible a pesar de existir “cosa juzgada”, con el fin de revisar una sentencia que ha condenado injustamente a un individuo; de tal manera que, si se comprueba que la verdad procesal declarada en el anterior proceso no coincide con la verdad material demostrada en la acción de revisión, entonces se ordenará la libertad del condenado.

Es necesario señalar que la acción de revisión procede sólo a favor del condenado, por lo que, es imposible alegar que con dicho proceso revisorio se está violando la garantía del “*ne bis in ídem*”, pues dicha garantía está para proteger al ciudadano frente a un doble riesgo de sufrir una condena y en este caso surge el nuevo proceso, pero, para determinar si al individuo se lo ha condenado injustamente y así liberarlo de una aflicción injusta. Por estas razones, el profesor Maier (2004) ha dejado en claro que el “*ne bis in ídem* no es óbice para la interposición del recurso de revisión en favor del reo, pues las garantías sólo pueden ser invocadas a favor de quien sufre el *ius puniendi*” (p.602).

En el Derecho internacional existe otro supuesto, en que la justicia surte efectos más intensos que los comentados, a tal punto de permitir la revisión de sentencias con calidad de “cosa juzgada” en contra del absuelto. Para tratar este tema es ilustrativo lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estipula en el caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, en la cual desarrolla las excepciones a la aplicación del principio materia de estudio, tema que, por su trascendencia, no sólo abarca al “*ne bis in ídem*” procesal, sino también al material.

Al respecto, la “Corte Interamericana de Derechos Humanos” (CIDH) señala que el “*ne bis in ídem*” no es absoluto, no resultando aplicable en tres supuestos: primero, “cuando la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal”; segundo, “cuando el procedimiento no fue instruido independientemente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales”; y tercero, “cuando no hubo intención real de someter al responsable a la acción de la justicia”; supuestos que, al producir una “cosa juzgada” frudulenta, general la posibilidad de reabrir dichos procesos “en orden de deternimar a los responsables de la violación de derechos humanos; puesto que las exigencias de la justicia y los derechos de las víctimas desplaza la protección del *ne bis in ídem*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, 2006).

En tenor a lo expuesto, se puede concluir que, cuando se trata de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o crímenes contra la paz, es decir todos aquellos delitos que afectan a toda la comunidad internacional en su conjunto, la revisión podrá darse aún en contra del absuelto, por una ponderación en la cual, a decir de Nuñez (2012), prevalece el derecho a la verdad en desmedro del “*ne bis in ídem*” (p. 422).

D) “*ne bis in ídem Procesal*” y el Recurso de Apelación.

Otro tema de trascendental importancia es la inexistencia de *bis in ídem* cuando el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa impone una sanción en primera instancia y, posteriormente, el superior impone también una sanción en segunda instancia. Como señala el profesor Nuñez (2012), una cosa es una sanción impuesta en primera instancia, reformada en segunda instancia, dentro de una lógica de la *reformatio in peius* o in *beneficus*; y otra diferente es imponer una doble sanción por el mismo

hecho (p.74). Al respecto, el “Tribunal Constitucional Peruano” ha dejado en claro que, cuando se interpone el recurso de apelación y se ratifica la sanción, no es que nos encontremos ante un hecho sancionado dos veces, sino ante un hecho que ha tenido una única sanción, cuyo vertimiento ha sido valorado en más de una instancia (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 0479-2002- AA/TC”).

Esta investigación suscribe el fundamento del Tribunal Constitucional, pues la sanción que emite el Ad quo aún no es firme, pudiendo, por ende, ser reformada en la segunda instancia. Así, la presencia de dos pronunciamientos jurisdiccionales no implica la existencia de dos sanciones, sino de una sola que puede ser variada en diferentes instancias de un mismo proceso.

3.1.5. La Identidad de Sujeto y de Hecho como Presupuestos Previos al Análisis de la “Identidad de Fundamento” propia de la garantía objeto de estudio

Para alegar la vulneración de la garantía del “*ne bis in ídem*”, es necesario la verificación de la concurrencia de la triple identidad, que concluya que los dos procesos o sanciones han sido iniciados o vertidos sobre el mismo sujeto (identidad de sujeto), por los mismos hechos (identidad de hecho) y por el mismo fundamento (identidad de fundamento); sin las cuales no será posible hablar de un *bis in ídem*. A continuación, se desarrollará las identidades de sujeto y de hecho, como antecedente al meollo de la presente investigación, esto es la identidad de fundamento.

3.1.5.1. “La identidad de Sujeto” (“Eadem Persona”).

Para que el “*ne bis in ídem*” prospere es necesario que se haya vertido dos procesos o dos sanciones contra la misma persona. Para ello, se debe tener presente que, por identidad de sujeto, se entiende a igualdad de autores; sin embargo, es necesario señalar que, a tenor de lo resuelto por

el Tribunal Constitucional nacional, si el anterior proceso terminó con una sentencia, sobreseimiento o cualquier otra resolución con eficacia de “cosa juzgada” – o con una disposición fiscal de archivo en que se concluyó que el hecho investigado no constituía delito– entonces sí se verían beneficiados los presuntos partícipes del mismo (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp 2725-2008-PHC/TC-LIMA).

Por otro lado, al analizar la identidad subjetiva, surge la interrogante de si es posible imponer una sanción penal a una persona natural y una administrativa a la persona jurídica sin trastocar la garantía del “*ne bis in idem*”. Al respecto, se suscribe el parecer de Nuñez (2012) que considera que se trata de dos personas distintas y que, por lo tanto, no concurre la identidad subjetiva (p. 87).

Sin embargo, el asunto se complica cuando se trata del caso de las empresas individuales, las cuales están conformadas por una sola persona natural. En este caso, existe una mayor discusión sobre si es o no posible considerar la presencia de una identidad subjetiva entre la persona natural y la persona jurídica. Por un lado, autores como Zugaldía, citado por Nieto (2005) niegan esta posibilidad, pues no existe identidad de sujetos, ni de bolsillos con los que se sustenta el pago de una posible multa, ello por tratarse de patrimonios diferentes (p. 88).

Mientras que, en sentido contrario, autores como Reátegui (2006) manifiestan que no hay problema en admitir una doble sanción si las personas naturales que conforman la persona jurídica son diferentes a esta última; pero, si la persona jurídica es igual a sus miembros, aumentan las posibilidades de aplicar el “*ne bis in idem*” (pp. 62-63).

De manera similar, Górriz (2003) resalta la existencia de supuestos excepcionales que permitirían afirmar la existencia de una identidad subjetiva, en aquellos casos en que se encuentra presente una vinculación material evidente entre la persona jurídica y la persona natural que lo gestiona (p. 212).

Al respecto, en esta investigación se sostiene que la vulneración del

“*ne bis in ídem*” no se presenta cuando se sanciona administrativamente a una persona jurídica y se impone una pena a la persona individual, vinculada a la misma, por el mismo hecho y por el mismo fundamento; pues se trata de sujetos de derecho distintos, cuyas actividades afectan de una manera distinta a la sociedad.

Así, por más que se fuerce una identidad subjetiva, en base a una vinculación económica material, la heterogeneidad de la persona que recibe la sanción penal o administrativa repercute en la identidad de fundamento, pues ambas sanciones se sustentan de manera distinta. En efecto, la persona natural tiene la capacidad de autodeterminación necesaria para dirigir su comportamiento, mientras que la persona jurídica no cuenta con dicha autodeterminación que le permita incurrir en un injusto; por lo tanto, la sanción penal a la primera se fundamenta en la reprochabilidad de su conducta, al haber incurrido en un injusto a pesar de haber podido actuar conforme a derecho, mientras que la sanción administrativa a la segunda se fundamenta en su peligrosidad objetiva, al haber servido para ocultar o facilitar la comisión de delitos de las personas naturales.

Cuestión similar ocurriría, incluso de alegarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues los injustos cometidos por una y otra persona serían diferentes, ya que, mientras la persona natural comete un acto típico contrario a derecho (injusto), a pesar de haber podido dirigir su conducta conforme al mismo (culpabilidad); la persona jurídica incurriría en un defecto de organización (injusto), a pesar de haber podido autorregularse conforme a la legalidad (culpabilidad)⁸; teniendo, esta última, contenidos del injusto y de la culpabilidad autónomos y distintos a los incurridos por la persona natural.

Así lo especifica Diez Repollés, citado por Fernández Díaz &

⁸ “La persona jurídica no responde por las propias acciones u omisiones de personas físicas, sino, por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (ausencia de una cultura de *compliance* o cumplimiento de legalidad)” (Gómez, 2016, p.89).

Documet (2016), para quien el injusto autónomo de la persona jurídica trata de un defecto de organización, una cultura corporativa defectuosa o una ausencia de reacción frente a un hecho delictivo incurrido por la persona física (p.353).

Es así que, dejando de lado este modelo, que por lo pronto se limita a la doctrina, y volviendo al paradigma nacional de *societas delinquere non potest*⁹, se insiste en afirmar la ausencia de identidad de fundamento y, por ende, de contravención al “*ne bis in ídem*” cuando se sanciona penalmente a la persona natural y se hace lo propio administrativamente con la persona jurídica individual, conformada por aquella; sin embargo, se debe dejar en claro que sí existiría contravención al “*ne bis in ídem*” si se sanciona administrativamente a una persona jurídica y a la vez se impone alguna de las consecuencia accesoria reguladas en el Art. 102° del Código Penal, pues, en este caso, la persona sujeto de derecho sobre la cual se impone ambas sanciones si vendría a ser la misma e, incluso, tendrían el mismo fundamento, pues ambas sanciones tendrán como objetivo la conjuración de la peligrosidad de la persona jurídica, utilizada para la comisión de conductas atentatorias contra bienes jurídicos protegidos¹⁰.

3.1.5.2. Identidad de Hecho (*Eadem Factum*).

La identidad de hecho establece que, para garantizar la vigencia del “*ne bis in ídem*”, el segundo proceso o sanción deben ser sobre el mismo hecho que motivo la primera. Ahora bien, al hablar de hecho es necesario remitirse al acontecimiento histórico, es decir desde una perspectiva fenomenológica, relegando a la distinta calificación jurídica que se

9 Aunque dicho modelo de *societas delinquere non potest* ha sido flexibilizado por la Ley 30424 que, si bien es cierto regula la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, sienta las bases para la construcción de una responsabilidad penal de la misma, a partir de su responsabilidad propia e independiente de la persona natural.

10 Respecto a la peligrosidad objetiva como fundamento de las consecuencias accesorias, véase (Abanto, 2010, p. 166 y ss.).

otorgue al factum.

En palabras de Olmedo, “para la vigencia de la presente identidad, interesa la hipótesis fáctica y no la calificación jurídica, entendiéndose como tal no sólo al delito en el cual se encuadra el hecho, sino también a sus grados de desarrollo, de participación que se atribuye al individuo y, en general, a todo tipo de valoración jurídica (p. 74).

El “Tribunal Constitucional Peruano”, ante un pedido aclaratorio de si la resolución fiscal de inicio de la investigación preliminar, ha quedado sin efecto para los delitos por los cuales se ha aperturado investigación, o para cualquier otro delito, fundamenta que no resulta de importancia cerciorarse de la calificación jurídica que del factum se haga, por lo que la solicitud de aclaración es improcedente (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 1887-2010-PHC/TC”).

En la misma línea, el profesor Reátegui (2006) señala que, para el fracaso del “*ne bis in ídem*”, los hechos en ambos procesos deben ser diferentes y por lo tanto autónomos, pudiendo comprobarse “la autonomía de las acciones mediante la supresión hipotética de la línea fáctica básica, de tal manera que, si la nueva conducta pudo subsistir sin la primera, entonces nos encontraremos ante un nuevo hecho, que puede ser conocido legalmente en un segundo proceso” (p. 201).

3.2. Antecedentes y Estado Actual de la Cuestión

Ahora bien, una vez desarrollado el contexto teórico del “*ne bis in idem*”, ingresando ya a la parte medular de la investigación, se desarrollará, como primer gran punto, la aplicación del “*ne bis in idem*” en el “derecho administrativo sancionador” y el “derecho penal”, analizando el debate dogmático entre la articulación de estas dos ramas jurídicas; para después, como segundo punto, avocarse, expresamente, a la identidad de fundamento como elemento decisivo para aplicar o descartar el “*ne bis in idem*” y, finalmente, desarrollar las soluciones procesales que, desde la doctrina y jurisprudencia, se han vertido para evitar la contravención de esta importante garantía.

Así, para desarrollar los antecedentes y estado de la cuestión de la parte medular de esta investigación, se deberá tener presente que existen tres preguntas cruciales que deben responderse para sustentar la tesis personal del autor:

(a) “¿Cuál es la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador?”; (b) “¿Cuál es el contenido de la identidad de fundamento, propia del “*ne bis in idem*”, ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador?”; y (c) “¿Cuáles son los criterios procesales a tomar en cuenta para efectivizar al “*ne bis in idem*”, ante la concurrencia de una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador por el mismo fundamento?”

En ese sentido, el presente sub capítulo está destinado a abordar los antecedentes de las tres interrogantes señaladas, a partir de los siguientes acápite:

3.2.1. Sobre la Relación entre el “Derecho Penal” y el “Derecho Administrativo Sancionador”

Como desarrolló Rousseau, en su obra el Contrato Social (1983), desde el momento en que el ser humano cedió parte de su libertad al Estado, para que éste se encargue de la protección de aquellos valores importantes para la convivencia social, surgió la necesidad de regular las conductas de los ciudadanos, para que, en ejercicio de su libertad, no trasgredan la de los demás (pp.41- 42; 46; 48).

Dicha regulación la realiza a través del control social, el cual, en palabras de Zaffaroni (1999), puede realizarse por la vía difusa (medios masivos, familia, prejuicios, modas) o por vía institucionalizada, que puede ser no punitiva (escuela, universidades, religión, etc.) o punitiva. (p. 31).

Esta última vía de control social es la que interesa, pues dentro de ella se encuentran tanto el Derecho Administrativo Sancionador como el Derecho Penal, los cuales, para ejercer el control social, manifiestan el “*ius puniendi*” del Estado como retribución de una acción ilícita, imponiendo aflicciones a las personas mediante la restricción de sus derechos subjetivos, con el fin de que éstos adecúen el ejercicio de su libertad personal en respeto a la libertad de los demás, previniéndose así la comisión de ilícitos.

Así, Rebollo Puig, en su artículo “El contenido de las sanciones” (2001) dejó en claro que, la sanción es la manifestación del “*ius puniendi*” del Estado, a través del cual se busca directa, precisa y deliberadamente una aflicción, castigo o incidencia negativa en la situación jurídica del sancionado, la cual se encuentra prevista por el ordenamiento como retribución de una acción ilícita impuesta para prevenir ilícitos futuros (pp.153-157).

Como se puede apreciar, ambas sanciones son manifestaciones del

“*ius puniendi*” consistentes en una aflicción al ciudadano, en calidad de retribución de una conducta ilícita; sin embargo ¿Qué diferencia a una de la otra? ¿Tienen el mismo fundamento? Mucho se ha escrito al respecto, evidenciándose una serie de antecedentes, que serán ordenados en torno a la teoría cualitativa, la teoría cuantitativa, la teoría formalista y la teoría mixta, las cuales, establecen la diferencia entre el “injusto penal” y el “injusto administrativo” en base a nociones sustanciales, cuantitativas, formales y cuantitativas-cualitativas respectivamente.

3.2.1.1. Teoría Cualitativa.

A) El Primigenio “Derecho Penal de Policía”.

Como describen los profesores Heinz & Herta Mattes (1979), en su libro Problemas del Derecho Penal Administrativo, en la edad media no hubo una administración estatal como en la época moderna, pues toda la actividad del Estado consistía en el ejercicio de derechos de soberanía que le correspondían como titular exclusivo de la misma frente al sujeto de derechos, manteniéndose por lo tanto dentro del orden jurídico existente; mientras que en la edad moderna el Estado sostuvo la pretensión de estar fuera del orden jurídico tradicional y de poseer un amplio derecho de soberanía estatal, plasmado en la administración, no sometido a los principios del derecho tradicional, sino a criterios de utilidad.

Así, en la edad moderna nació el primigenio y más puro derecho penal de policía, que, dentro de un contexto político y jurídico más amplio, postulaba, entre otras cosas, la separación entre el orden jurídico y la administración, afirmando que mientras el primero está dirigido a los derechos individuales, el segundo está dirigido al ser común; diferenciando, tajantemente, los asuntos jurídicos, propios de las vicisitudes surgidas en base a estos derechos individuales (justicia) y los asuntos administrativos, propios de las vicisitudes surgidas en base al bien común buscado por un Estado administrador (policía).

Con aquella concepción surgió el punto de inicio para la teoría del “derecho penal administrativo o de policía”, la cual, recientemente, perdió considerablemente su suelo teórico, por la paulatina reconquista de la administración por el derecho, lo que, junto a la división de poderes y, por ende, el control judicial de los actos administrativos, generaron el final de lo que dichos autores llamaban el genuino poder penal de policía (pp. 140-142).

B) Manifestaciones del “Derecho Penal de Policía”.

En primer orden, y tomando una base iusnaturalista, que concebía al “delito natural” como ataque a los derechos subjetivos, se postuló que la esencia del delito se veía en la infracción culpable de un daño o lesión de un derecho subjetivo; de tal manera que si la aparición del daño es meramente posible sólo se trataría de un injusto policial (delitos de peligro abstracto); pero nunca de un delito genuino (Mattes, 1979, pp. 145).

En segundo orden, pero manteniendo las mismas bases, el jurista Paul Johann Anselm Ritter von Fauerbach, citado por H&H. Mattes (1979) postuló que los ilícitos de policía no son generalmente contrarias a derecho, inmorales o dañosas, constituyendo en sus normas creaciones del orden policial predominante en alguna temporada determinada; mientras que los preceptos del genuino derecho penal criminal, en cambio, rigen en todo lugar y en todo tiempo, pues su contenido esencial es tan viejo como el propio Estado mismo.

Así, para Fauerbach, las acciones punibles se caracterizan por el influjo dañoso que tienen sobre el bien el Estado; mientras que los delitos de policía no lesionan propiamente a esta o aquella persona privada, sino más bien las buenas costumbres la comodidad y la seguridad pública, por consiguiente, tienen, de un modo lejano, un influjo perjudicial sobre la colectividad y por ello son delitos menos graves (pp. 146-147; 150).

No obstante, a pesar del aporte de dichos postulados, con el palidecimiento del derecho natural, la teoría del derecho penal de policía

perdió significación. Es así que Stübel, en su monografía “Sobre las acciones peligrosas como delitos por sí existentes”, extendió el círculo de las acciones en sí antijurídicas al campo de los actos peligrosos; señalando que tales actos peligrosos son lesiones del derecho ya que cualquiera tiene contra otro un derecho no sólo a la omisión de lo auténticamente lesivo, sino también de las acciones jurídicamente peligrosas, que como tales lesiones inmediatas del derecho tendrían que contarse sin excepción entre los delitos (Stübel, citado por H&H. Mattes, 1979, pp. 155-156).

En el mismo sentido crítico, el jurista Henke rechazó el diseñado concepto de delito de policía y clasificó los delitos tan solo en mayores y menores, virando el rumbo hacia las nociones cuantitativas (Henke, citado por H&H. Mattes, 1979, p.154); pues, como afirmó contundentemente Hepp, al comentar el Código Penal wurtembergés de 1839, no se estaba en condiciones de hallar un principio por el cual determinar una separación y rigurosa frontera entre los delitos que pertenecen a la normativa penal criminal y los que pertenecen a la normativa penal de policía, ya que tan pronto una y la misma acción, según su gravedad, se encuentra en una como en otra legislación (Hepp, citado por H&H. Mattes, 1979, p. 159).

Sucesivamente, alejándose de la norma natural como fuente y sustituyéndola por una norma de cultura, el jurista M.E. Mayer sostuvo que el ilícito criminal protege un interés cultural pre-jurídico; mientras que el ilícito administrativo sólo protege intereses de la administración, pero de ninguna manera una norma de cultura; caracterizándose por contradecir una norma jurídica pero no una norma de cultura, de tal manera que el injusto criminal es injusto en virtud de la ley y de su nocividad cultural y el injusto policial es injusto sólo en virtud de la ley (Mayer, citado por H&H. Mattes, 1979, pp. 170-171).

Sin embargo, a pesar que Mayer modificó la base de la norma natural por una concepción cultural, mantuvo la sombría diferencia entre ambos

tipos de ilícitos; generando que surjan posturas que plantearon la superación total del derecho penal de policía. Así, Reinbard Frank afirmó que también las contravenciones de policía son verdaderos delitos y que pertenecen no al derecho administrativo, sino al derecho penal, rechazando las concepciones de delito de policía como injusto en virtud de la ley, injusto moralmente indiferente y simples delitos de desobediencia, afirmando que el nombre de “delito de desobediencia” induce a la falsa opinión de que el Estado manda o prohíbe algo, solamente con el fin de ejercitar al público en la obediencia, como fuera la ley del sombrero de Gessler ante el que tenía que hacer el pueblo contumaz su reverencia.

En ese sentido, el jurista Reinbard Frank, virando también hacia concepciones cuantitativas, sostuvo que “los delitos de policía no están en un contraste conceptual con los delitos criminales; más bien constituyen dentro de las acciones punibles un grupo especial, lo mismo que los delitos contra la vida, la salud e integridad corporal, contra el patrimonio, etc”. (Reinbard Frank, citado por H&H. Mattes, 1979, p. 174); pues, el interés del Estado en la promoción del bienestar general y el buen orden de la comunidad, cuya lesión constituye la esencia del delito de policía, está al mismo nivel de los demás intereses estatales, como por ejemplo, la conservación de la vida, la salud y la integridad corporal de los individuos; “por ello, no podría haber ninguna diferencia fundamental entre los delitos de policía y las restantes acciones punibles, siendo necesario considerar, como meta de nuestros esfuerzos, la separación de los delitos graves de los leves” (Reinbard Frank, citado por H&H. Mattes, 1979, p. 175).

En el mismo sentido, Binding llamó a la “legislación de policía como una “legislación penal auténtica”, pues la misma no escapa de sancionar conductas que trastocan un bien jurídicamente protegido; solo lográndose su superación con su asimilación por el derecho penal como tal” (Binding, citado por Cordero, 2012, p.135).

C) “Goldschmidt y la Teoría del Derecho Penal Administrativo”.

Manteniéndose en la posición cualitativa¹¹, el jurista alemán James Goldschmidt (2010), en su libro “Derecho, Derecho Penal y Proceso”, señala que mientras el delito abarque elementos de antijuricidad material y formal (esto es la transgresión de un bien jurídico), la infracción de índole administrativa encerrará sólo un elemento de antijuricidad formal, esto es la antijuricidad administrativa (p. 294).

Así, focalizándose en la estructura normativa y destinatario de uno u otro ilícito, dicho jurista señala que la norma del “derecho penal judicial (derecho penal)” y la norma del “derecho penal administrativo (derecho administrativo sancionador)” si bien implican una limitación a la voluntad, la primera de ellas está constituida, únicamente, por un precepto penal que contiene una expresión de juicio o de valoración que protege un componente ético mínimo (bien jurídico protegido); mientras que la segunda de ellas carece de este componente ético, limitándose a proteger un deber de obediencia orgánica destinado a mantener el ordenamiento administrativo, el cual es plasmado en una norma de doble naturaleza que contiene, por un lado, un precepto penal y, por otro lado, una orden o autorización administrativa; debiendo dejar en claro que, para dicho autor, el derecho penal administrativo está dirigido a individuos, como órganos de una sociedad, mientras que el derecho penal judicial está dirigido a individuos como personas individuales (Goldschmidt, 2010, pp. 302-303)¹².

En dicha línea, el jurista citado concluye la imposibilidad de que el principio de “*ne bis in ídem*” tenga vigencia ante la confluencia de ambas ramas jurídicas; pues, “el deber de obediencia de la persona como

¹¹ Aunque, posteriormente afirma que la diferencia entre el ilícito administrativo y penal es cuantitativa de carácter cualitativo (Goldschmidt, 2010, p. 315).

¹² Otro antecedente a tomar en cuenta, constituye la posición del profesor italiano Guido Zanobini (1933), quien, en su investigación titulada “El problema de la pena administrativa” señala que el “delito consiste en la violación de una ley (esto es de una norma jurídica) y la infracción administrativa es sólo la inobservancia de mandatos administrativos, que carecen de rango jurídico” (p.460).

miembro frente a las normas del derecho penal administrativo, solamente es un complemento de los deberes éticos de la persona individual sancionado legalmente por las normas del derecho penal justicial” (Goldschmidt, 2010, p. 310).

Como se puede apreciar, dicho autor sustenta la cualitativamente la diferencia entre ambos ilícitos en tres razones principales: primero, porque la norma penal protege bienes jurídicos y la administrativa un deber de obediencia orgánica; segundo, porque la norma administrativa tiene una estructura mixta (precepto penal- mandato administrativo), mientras que la norma penal está conformado por un precepto penal puro; y, tercero, porque la norma administrativa está dirigida a la persona, como órgano de la sociedad y la penal al individuo como persona individual.

No obstante, como se ha sustentado reiteradamente líneas supra y, como se defenderá en esta investigación, la norma administrativa sancionadora (a la que Goldschmidt llama norma penal administrativa) protege también valores de componente ético que, si bien pueden estar contenido en intereses supraindividuales, estos constituyen plataformas de supervivencia de bienes jurídicos individuales.

Ello es confirmado por el propio Goldshmidt (2010), quien, en la misma obra citada, resalta que las disposiciones administrativas, a pesar de su estructura mixta, no dejan de surgir por exigencia de intereses jurídicos supraindividuales, como son el bienestar público y estatal, que, en última instancia, protegen indirectamente bienes jurídicos individuales (p. 293).

Por otro lado, se debe tener presente que, la estructura híbrida de la norma de derecho penal administrativo, a la que hace mención Goldshmidt (precepto penal y autorización o mandato administrativo) no es exclusivo del derecho administrativo sancionador; pues, debido a una administrativización cada vez más profunda del derecho penal, existen varias normas penales que incluyen, expresamente, cláusulas de

autorización administrativas, como acaece en la regulación de algunos delitos ambientales¹³; diluyéndose, por lo tanto, esta diferencia formal que señala dicho jurista.

Finalmente, es necesario reparar en que el derecho penal judicial (o derecho penal) no solo está dirigido al ciudadano como persona individual, sino también como miembro de una sociedad; pues, todo el ordenamiento jurídico penal, de acuerdo al principio de utilidad social, está dirigido a criminalizar conductas que el individuo comete en afectación de la sociedad y no solamente a aquellas que afectan un contenido eminentemente ético.

Al respecto, el propio Goldschmidt (2010) admite que la principal crítica que se hace a su propio postulado es “que el deber de obediencia de la persona como miembro no concurre con los deberes éticos del individuo, sino que más bien simplemente los complementa (...) en otras palabras, que, efectivamente, también el derecho penal judicial se dirige, como el derecho penal de la administración, contra la persona miembro” (p. 311).

En la misma línea crítica, no es posible dejar de resaltar una crítica tan severa como la realizada por el Jurista Robert Von Hippel, quien concluyó que la construcción de Goldschmidt es “incorrecta, pues en el fondo la teoría acaba por ver en la desobediencia el núcleo fundamental del injusto administrativo y olvida que este momento es común a toda forma del injusto” (Von Hippel, citado por Torio, 1991, p. 2537).

Realidad parecida ocurrió en Italia, en donde, como cita Cordero (2012), “Ranelletti distinguió entre leyes penales y leyes de policía, en base a si la sanción tenía por objetivo la tutela inmediata del derecho o su tutela mediata; de tal manera que la tutela fue considerada inmediata cuando supuso una ofensa, efectiva o potencial, a un derecho

13 Verbigracia se tiene al artículo 306° del Código Penal.

determinado” (p.138) y fue considerada mediata cuando sólo pretendía evitar posibles ofensas al orden jurídico; no obstante, al igual que en Alemania, “esta Tesis fue dejada de lado por la mayoría de la doctrina italiana, a partir que Guido Zanobini se inclinó más por un concepto más formal de la sanción administrativa” (p.138).

D) El derecho Penal del Orden.

Como desarrollan Mezger & Dahm, citados por H&H Mattes (1979), esta teoría señala que las acciones con inmoralidad en sí insignificantes, que no afectan de modo inmediato a la comunidad jurídica, deberían ser excluidas como meras infracciones del orden del “derecho penal criminal”, y recogerse en un particular “derecho penal de orden”; pues las infracciones del orden no perturban el orden interno de la comunidad, sino sólo el orden externo de la convivencia en el que se trata de meros problemas utilitarios que no tienen nada que ver con los mandatos de la ética (pp. 215-217).

Sin embargo, dicha teoría recibió contundentes críticas. Así, “Goetzeler rechazó la idea de un derecho de infracciones del orden éticamente indiferente, pues para él la fundamentación ética de las normas carece de importancia para la cualificación jurídica del injusto; alegando que su importancia radica exclusivamente en el terreno cuantitativo” (Goetzeler & Mayer, citado por H&H Mattes, 1979, pp. 217-218).

Del mismo modo, H. Mayer señaló que la actividad estatal se orienta hacia un fin unitario, a saber el orden justo de todas las condiciones de vida, tal como corresponden a la ley moral del pueblo y a sus necesidades vitales; siendo que, muchos delitos criminales de escasa importancia no son más que una infracción del orden y la medida de la moralidad que siempre se contiene en las acciones que infringen normas de policía no es tan insignificante (Goetzeler & Mayer, citado por H&H Mattes, 1979, pp. 217-218).

E) El Derecho Administrativo Sancionador está dirigido al homo phoenomenon y el Derecho Penal al homo noumenon.

Por otro lado, García (2016), en el estudio denominado “El principio del *“ne bis in ídem”* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa”, para explicar la diferencia cualitativa entre el delito y la infracción administrativa, parte referenciando a Immanuel Kant y a su obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, en la cual se realiza una distinción conceptual entre el homo phoenomenon (ser sensible que se guía por estímulos) y el Homo noumenon (ser racional que actúa en libertad); infiriendo que la infracción administrativa dirige sus sanciones al homo phoenomenon y el delito al homo noumenon, señalando que, mientras la primera se dirige al administrado, entendido como un ser sensible, el segundo se dirige a un ciudadano, entendido como un ser inteligible, cuya conducta es pasible de recibir una pretensión de validez (p. 28).

Chinchay (2013), en el estudio *“La Interdicción de la Persecución Penal Múltiple en el Código Procesal Penal del 2004”* ha polemizado con esta posición, al considerar que el profesor Percy García Cavero está encontrando una diferencia entre el “fin totalmente preventivo de la sanción penal” (prevención general y prevención especial) y el “fin cuasi-preventivo de la sanción administrativa” (prevención general y prevención especial sui géneris); pues señala que si el derecho penal está dirigido a un hombre racional, para quitarle validez a su comportamiento y hacerle comprender que respetar el bien jurídico es lo válido, no habría coherencia con la doctrina del “Tribunal Constitucional Peruano”, la cual señala que el fin rehabilitador de la pena busca que el penado ejerza responsablemente su libertad, mas no la de imponerle valores propios de una u otra cosmovisión, que puede o no puede compartir (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 010-2002-AI/TC, Fto. N° 131”).

Por lo tanto, concluye Chinchay (2013) en que, lo correcto sería

entender que el derecho penal se dirige a la persona, sin el propósito de hacerle comprender la validez de la conducta, sino de lograr en éste el respeto a los demás, señalándole que no se debe incurrir en ella para evitar crear conflictos sociales; por lo que, con esta última hipótesis no habría diferencia alguna con el supuesto destinatario de la sanción administrativa (p.53).

F) Diferente Interés Jurídicamente Protegido.

Ya en épocas más recientes, se argumenta que el ilícito penal y el ilícito administrativo tienen un fundamento distinto, pues mientras que el primero se encarga de proteger “bienes jurídicos”, el segundo se encarga de proteger el ordenamiento social.

El profesor García (2003), en su estudio denominado “Derecho Penal Económico”, resume muy bien el criterio de la teoría cualitativa, al señalar que “el derecho administrativo sancionador no se encuentra afectado por el principio de lesividad, sino por criterios de afectación general, cuyas consecuencias operan como reacción a conductas formales o de desobediencia a las reglas de ordenación, salvaguardando el funcionamiento de un sector del tráfico social” (pp. 71-72).

Ante ello, el profesor Chinchay (2013), en la investigación citada, critica esta posición al inferir que el derecho administrativo también salvaguarda bienes jurídicos (p. 55). En el mismo sentido, el profesor Nieto (2005), en su libro “*Derecho Administrativo Sancionador*”, critica esta posición, al concluir que la defensa de la teoría del distinto interés protegido significa un pretexto teórico para inaplicar la garantía constitucional del “*ne bis in idem*” (p. 504).

G) Una diferencia cualitativa morigerada en base a criterios de concepción e imputación del injusto, las garantías político criminales que las limitan y demás cuestiones formales: Referencia al “Derecho Penal de Intervención de Hassemer” y al “Derecho Penal de Segunda Velocidad de Silva Sánchez”.

El profesor Wilfried Hassemer (1999), en su libro denominado “Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal” señala que la diferencia entre ambas ramas jurídicas radica en que el orden administrativo busca, ante todo la prevención, mientras que el orden penal la represión; señalando que éste último se focaliza en proteger bienes jurídicos individuales, mientras que el derecho administrativo en bienes jurídicos universales — evidenciándose la flexibilización de la posición cualitativa y su circunscripción a meras cuestiones de forma—; no obstante, dicho autor advierte que estas fronteras se están perdiendo al perderse también la separación entre represión y prevención, que tradicionalmente separaba al derecho administrativo del penal, prevaleciendo ahora, a toda costa, la prevención (p.117)

En efecto, después, de plasmar su posición cualitativa de la diferencia del ilícito administrativo y el ilícito penal, el profesor Hassemer (1999) expone que actualmente se está entre una coalición entre un viejo derecho penal (caracterizado por proteger bienes jurídicos individuales, ante lesiones o peligros concretos) y un moderno derecho penal (caracterizado por proteger bienes jurídicos supraindividuales, ante conductas que generan peligro abstractos o estadísticos); refiriendo que la tipificación, cada vez más frecuente, de delitos que sancionan conductas de esta segunda categoría ha generado que el Derecho penal reduzca cada vez más su núcleo clásico, acercándose a las funciones del “Derecho Administrativo” y del “Derecho civil”, desvaneciendo, con ello, los límites existentes entre dichos órdenes jurídicos (p.25).

Así, producto de la intercepción entre las funciones del “Derecho Penal” y del “Derecho Administrativo”, generado por la cada vez más creciente proliferación del derecho penal moderno, se generan una serie de problemas que dimanen en un déficit de realización del derecho penal moderno, el cual, a pesar de su carácter intimidatorio, termina convirtiéndose en un derecho penal simbólico, que se encontrará gravemente obstaculizado por las garantías y criterios de imputación, propios de un derecho penal clásico, para regular conductas propias de una sociedad moderna posindustrial.

Ahora bien, este problema teleológico del derecho penal moderno genera costos gravísimos, pues, como sostiene Hassemer (1999), la aplicación forzada de las garantías materiales y procesales del derecho penal dañan su esencia misma, desdibujando, irremediamente, figuras dogmáticas, como del *iter criminis*, de la autoría y participación, de la imputación objetiva y subjetiva, así como las garantías político criminales limitadoras del poder punitivo, como el principio de legalidad, lesividad, subsidiariedad, etc; generando que, debido a su déficit técnico, el derecho penal no pueda realizarse eficientemente en la práctica, reduciéndose a una cuestión meramente simbólica (pp. 26-28).

Es así que, como solución a este problema y, por ende, a los costos que se generan, el profesor Hassemer (1999) propone, como solución concreta, reducir el actual “Derecho Penal” a lo que se denomina “Derecho Penal clásico” y, en segundo lugar, expulsar el ámbito regulado por el “Derecho Penal moderno” fuera del “Derecho Penal” y trasladarlo a un nuevo “derecho de intervención”, el cual, permitirá tratar adecuadamente los problemas que sólo de manera forzada se pueden tratar por el derecho penal (p.32).

Al respecto, el profesor Hassemer (1999) desarrolla y delimita al Derecho penal básico y al derecho de intervención de la siguiente manera: en primer lugar, ubica en el primero a todas las lesiones de los

bienes jurídicos individuales clásicos y de las puesta en peligro manifiestas y graves (como incendios o conducción en estado de ebriedad), así como las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado; advirtiendo, sin embargo, que el “Derecho Penal actual” tiene que proteger también “bienes jurídicos universales”, pero funcionalizados desde la perspectiva de los “bienes jurídicos individuales”, como, por ejemplo, reconduciendo las falsedades documentales al interés individual que se tengan sobre la autenticidad de las documentales, o interpretando los delitos medio ambientales como la afectación a las condiciones vitales del individuo (pp. 32-35).

Por otro lado, con la consigna de responder a la problemática actual con una modernización del derecho, y no recargando al derecho penal tradicional, Hassemer (1999) postula un “Derecho de Intervención, que estaría ubicado entre el orden penal y el administrativo, entre el orden civil y el derecho público, teniendo un nivel de garantías inferior al del derecho penal, pero regulando sanciones menores a las que regula éste” (p. 35).

Ahora, a pesar de reconocer que los alcances y características de este derecho de intervención debe ser materia de un pergeñado trabajo, el profesor Hassemer (1999) alega que, en resumen, los problemas del derecho penal moderno, reconducidos al derecho de intervención, deben ser paliados a través de un concepto de efectividad preventiva, en el cual existan “las categorías necesarias para dar una respuesta adecuada a los problemas de la moderna sociedad (...) pues no se trata de compensar la injusticia, sino de prevenir el daño; no se trata de castigar, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro” (p.36).

A pesar de la innovación de dicha teoría, la misma recibió una serie de críticas, que tuvieron como principal representante a Eser (2001), quien en su trabajo “Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología” discrepó, rotundamente, de los postulados de Hassemer, sugiriendo que, en vez de crear un nuevo derecho de intervención no

penal, sería más útil y seguro (desde un respeto al Estado de derecho) la creación de una vía plural dentro del mismo derecho penal (p. 26).

Ahora bien, superando esta crítica, el profesor Silva (2001), en su libro titulado, “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, mantuvo este camino dual de un “Derecho Penal clásico” y un “Derecho Penal”, al que llamó “Derecho Penal de segunda velocidad”, adecuado para reaccionar ante los riesgos modernos; pero, a diferencia de Hassemer, manteniendo esta segunda vía dentro de los márgenes del derecho penal.

Así, antes de sustentar los lineamientos medulares de su teoría, dicho jurista sustenta una diferencia cualitativa (basada sobre todo en matices formales) entre ambos ilícitos, señalando que si bien, la mayoría de la doctrina ha aceptado su diferencia meramente, no obstante son las diferencias en la concepción e imputación de los injustos, las garantías político criminales que los limitan y los criterios procesales distintos lo que le otorga una sustancia distinta a uno y otro ilícito (p.125).

En efecto, el profesor Silva (2001) sustenta la diferencia en base a cuestiones formales; no obstante, se aproxima a una línea cualitativa más radical cuando completa su análisis señalando que estas diferencias formales (en los criterios para la imputación, en las sanciones, en las garantías, en las cuestiones procesales) se deben al distinto fin perseguido por una y otra rama sancionadora; pues, mientras el derecho penal castigará aquellas conductas que pongan en peligro concreto o lesionen “bienes jurídicos individuales”, el derecho administrativo sancionador regulará conductas que, acumulativa y estadísticamente, pongan en peligro presunto consideraciones de afectación general, con el fin de reforzar sectores de actividad o gestión sectorial (pp.125-128).

Ahora bien, es importante señalar que, no obstante la afirmación de que el orden penal salvaguarda bienes jurídicos individuales, de un peligro concreto o de una lesión efectiva; mientras que el derecho administrativo

criterios de ordenación frente a conductas que causen un peligro abstracto, estadístico o global, el profesor Silva (2001) admite que en sociedades postindustriales el Derecho Penal ha asumido criterios de lesividad global propios del Derecho Administrativo, con la absorción de todos los criterios de imputación y flexibilización de las garantías constitucionales, que eran exclusivas de la administración, llamando a esto el “fenómeno de la administrativización del Derecho Penal” (p.130).

Consciente de esta realidad, que confunde, incluso desde el punto de vista cualitativo, los campos objeto de protección del “Derecho Penal” y los que son objeto de protección por el “Derecho Administrativo Sancionador”, y manifestando una acongojada resignación por la imposibilidad de volver a un derecho penal netamente liberal, dicho profesor plantea una segunda velocidad del derecho penal, cuya flexibilidad de las reglas de imputación y principios limitadores (necesarias para regular los riesgos generados en una sociedad postmoderna) vayan de la mano con una desprisonalización de las consecuencias jurídicas que dimanen de dichos injustos, las cuales deberán estar limitadas a penas pecuniarias y limitativas de derechos; pues “más que la expansión del orden penal, el problema es la proliferación de la pena privativa de la libertad, siendo esta última la que realmente debe ser contenida” (Silva, 2001, p.152).

Así, esta segunda velocidad del derecho penal se articula con los otros órdenes regulatorios, dentro del mismo “Derecho Penal” (con el “Derecho Penal clásico o de primera velocidad” y con el excepcional “Derecho Penal del enemigo o de tercera velocidad”) o fuera del “Derecho Penal” (“Derecho Administrativo Sancionador” o con el “Derecho Civil”), en base a una progresividad de las reglas de imputación y los principios limitadores, los cuales se encontrarán relacionados directamente con la gravedad de las consecuencias que regulan los distintos órdenes.

Es así que, en base a dichos postulados, Silva (2001) termina proponiendo, *lege ferenda*, una de dos opciones: en primer lugar, que

aludidos delitos sean parte del “núcleo del Derecho Penal”, con las máximas garantías y las más intensas reglas de imputación; o, por otro lado, que se mantenga en pie la flexibilización de los principios limitadores, que ya actualmente se está dando en tales delitos, pero en ese caso deberá renunciarse en éstos a la regulación de “penas de prisión” (p. 156).

Propuesta última que ha recibido algunas objeciones, sobre todo desde la criminología crítica; pues como señala Cardoso (2017), esta corriente criminológica objeta que con la solución vertida por dicho profesor español se genera una aplicación desigual de la ley, cuya principal consecuencia es que los delitos que afectan bienes jurídicos protegidos, cometidos generalmente por los poderosos, recibirán una política criminal blandengue, despojada de la consecuencia jurídica que irradia el mensaje comunicativo más intenso (la cárcel); mientras que los delitos clásicos, cometidos en esencia por los pobres, recibirán una política criminal rigurosa, generándose, en pocas palabras, que la cárcel sea una consecuencia únicamente aplicada a los más desfavorecidos (p. 40).

En la misma línea crítica, la profesora Zúñiga (2005), en su estudio denominado “Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales” señala que, adoptar esta segunda propuesta implicaría “reconocer como válido un derecho penal de prisión para la criminalidad callejera y otro derecho penal, sin prisión, para los delincuentes de cuello blanco, transgrediendo con ello el principio de igualdad, al tener una política criminal fuerte con el débil y débil con el fuerte” (p.111).

Sobre ello, es menester señalar que el profesor Silva (2001) responde, anticipadamente, a dichas críticas al señalar que, con su propuesta, no se está distinguiendo según individuos, sino según los hechos, de acuerdo a las consecuencias jurídicas que le siguen y al régimen aplicable a los mismos (pp. 157-158).

Ahora bien, dejando las críticas a parte, de lo expuesto por el profesor Jesús María Silva Sánchez, saltan a la vista dos interrogantes: ¿En qué radicaría la diferencia entre el orden penal de segunda velocidad y el orden administrativo? y ¿En qué consiste el orden penal de tercera velocidad? Siendo la primera respuesta de trascendental importancia para el objeto de la presente tesis y la respuesta a la segunda para explicar el peligro de relegar totalmente las garantías constitucionales, como es el caso del “*ne bis in ídem*”.

Así, sobre la primera interrogante, Silva (2001) circunscribe la diferencia a una concepción netamente formal, como la autoridad, administrativa o judicial, que emite la sanción; señalando que, cuando la sanción se impone por una autoridad judicial penal, se retiene las consecuencias de estigmatización social y la capacidad simbólica comunicativa que les son propias al derecho penal; cuestión última que no tendría la sanción expedida por la autoridad administrativa (p. 162).

No obstante, a parecer del autor de esta tesis, dicha alegación resulta escueta e insuficiente para afirmar una diferencia cualitativa entre ambos órdenes (el penal de segunda velocidad) y el correspondiente al derecho administrativo sancionador; pues, como se fundamentará al tratar las teorías formales, no es posible reducir el fundamento de la diferencia sustancial a cuestiones meramente formales.

Finalmente, sobre la segunda interrogante, el profesor Silva (2001) explica que constituye el “Derecho Penal de tercera velocidad” aquel en donde se regula una flexibilización o relajamiento de las reglas de imputación, de las garantías político criminales y procesales, paralelamente a la prisionalización de las consecuencias jurídicas atribuidas a injustos cometidos por personas que afectan íntegramente al Derecho, como sistema jurídico social, a través de un tipo de delincuencia que amenaza con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado (como es el caso de la delincuencia sexual violenta y reiterada, fenómenos de criminalidad organizada, terrorismo, etc.);

asemejando, en cierto modo, el “Derecho Penal de tercera velocidad” al “Derecho Penal del enemigo” explicado por Jakobs (p.164).

No obstante, de lo expuesto, surge, inmediatamente, el cuestionamiento sobre legitimidad de dicha tercera velocidad del derecho penal que, lejos de sustentar un tipo de derecho, fundamenta un “no derecho”; cuestionamiento del cual es consciente el profesor Silva (2001), para quien dicho derecho deberá ser necesariamente excepcional y circunscrito a situaciones de emergencia o, teniendo en cuenta el término de “enemigo”, a situaciones de guerra (pp.166-167).

Sin embargo, como también Silva Sánchez advierte, la realidad actual nos demuestra que, lejos de aceptarse la reducción de la prisionalización como compensación a la flexibilización de las garantías constitucionales, lo que está sucediendo, actualmente, es el intenso relajamiento de los criterios de imputación, de garantías materiales y procesales, con el correspondiente aumento de las penas privativas de libertad, incluso de grandes magnitudes; siendo una de estas garantías relajadas el “*ne bis in idem*”, cuya inaplicación o reducción de sus alcances se está, indebidamente, efectivizando con pretexto de una política criminal de tolerancia cero, escenario que, sea desde una concepción cualitativa, cuantitativa, formalista, mixta u otra, la academia está obligada a evitar.

3.2.1.2. Diferencias Formales.

El mayor representante de estas teorías es Adolf Merkl, quien, en su estudio “Teoría General del Derecho Administrativo”, concluyó que el análisis histórico y comparado revela que muchas veces “una acción criminal es tratada en otro tiempo y lugar como infracción administrativa, por lo que su configuración depende del legislador, siendo improductivo tratar de determinar qué figuras delictivas corresponden al Derecho Penal Criminal y cuáles al Derecho Penal Administrativo” (Merkl, 2004, p. 347)

En ese sentido, partiendo de una identidad sustancial entre ambos ilícitos, Merkl pone el acento diferenciador en las cuestiones formales y

externas de las infracciones administrativas, que no comparten el enjuiciamiento de delitos, como son: “la potestad de avocamiento entregada a la administración; la sujeción de ésta al régimen jurídico de la administración del estado, esto es al derecho administrativo; el procedimiento administrativo previo para su imposición” (Merkl, citado por Cordero, 2012, p. 139).

En la misma línea, el profesor Alejandro Nieto, en su estudio Derecho Administrativo Sancionador, niega la diferencia ontológica entre el injusto penal y el injusto administrativo; no obstante, concluye que, al tratarse de una cuestión eminentemente normativa, el legislador tiene la facultad de determinar si el régimen jurídico aplicable a una u otro ilícito será igual o diverso, debiendo desarrollarse una serie de principios y notas formales autónomos aplicables por cada uno de los regímenes jurídicos que enmarcan el injusto penal y el injusto administrativo (Nieto, 2005, pp. 154-155).

Así, partiendo de esta premisa formal, Nieto propone el desarrollo autónomo de un andamiaje de principios, propios del derecho administrativo sancionador, focalizado en la elaboración de las infracciones (tipicidad-legalidad) o la determinación del contenido del principio de culpabilidad; no obstante, como ha divergido López, “la propuesta de Nieto es incongruente con sus objetivos, pues no se puede soslayar la cercanía del orden administrativo con los problemas del orden penal, a tal grado que la dogmática penal sirve, no pocas veces, para dar luz a aspectos oscuros del orden administrativo” (López, 2009, pp. 36-45).

No se puede dejar de destacar que el desarrollo de estos antecedentes teóricos es de suma importancia, pues los postulados de la tesis formalista han sido recogidos por el “Tribunal Constitucional Peruano”, el cual ha señalado, no sin antes dejar en claro que su propósito no es proponer una definición, que “no es posible la equiparación de ambas sanciones, pues no solo son distintas, sino que los fines en cada caso son distintos

(reeducación y reinserción social en el caso de las penales y represiva en el caso de las administrativas)”; agregando que “en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 010-2002-AI/TC, Fto. N° 11”).

Ahora, el mismo “Tribunal Constitucional” señala que, “no obstante, la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, siendo el más importante el de que las garantías del derecho penal son de recibo, aunque con matices, en el orden administrativo, como es el caso de los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 010-2002-AI/TC, Fto. N° 12”).

Dentro de esta misma corriente formal, el jurista Raúl Letelier Wartenberg, en su estudio “Garantías penales y Sanciones Administrativas”, concluye que lo definitivo de la diferenciación entre las sanciones administrativas y penales son los criterios que se utilizan para contemplar el injusto, como los criterios de imputación y las garantías que limitan o regulan la imposición de la sanción (Latelier, 2017, p.632).

No obstante, criticando lo dispuesto por el “Tribunal Constitucional chileno”, en la “Sentencia ROL N° 1079-2014”, que, al igual que el “Tribunal Constitucional Peruano”, en la Sentencia expedida en el EXP. N.º 01873-2009-PA/TC, señaló que la administración debe recepcionar con matices las garantías del orden penal; el profesor Latelier señala que la falta de predictibilidad sobre dichos matices genera un desdibujamiento de las garantías penales, a tal punto de volverlas irreconocibles y simbólicas (Latelier, 2017, p.627).

Así, antes de optar por el desdibujamiento de las garantías penales, al trasvasiarlas al orden administrativo, el jurista citado apuesta por la construcción e interpretación de garantías propias del derecho administrativo, que efectivicen el *enforcement* de la norma administrativa, prevaleciendo el respeto de la legalidad vigente (Latelier, 2017, p.672).

Ejemplificando lo dicho, postula que, en el derecho administrativo, el principio de culpabilidad ya no debiera ser un límite al poder punitivo, sino sólo funcional a la disuasión, pues mientras la sanción penal busca, esencialmente lo retributivo, la sanción administrativa hace lo propio con la prevención, quedando al margen aspectos subjetivos, en pro de la protección del deber mandado por la norma; siendo, por ende, indiferente, salvo para objeto de graduación de la sanción, si la infracción fue cometida por dolo, culpa o aún a título de mera inobservancia (Latelier, 2017, pp.665-667).

No obstante, esta apreciación sobre la ausencia de culpabilidad en el orden administrativo no sólo contradice la tendencia de la normativa administrativa en incluir la responsabilidad subjetiva en sus infracciones; sino, además, en contra de la misma naturaleza normativa de norma administrativa; pues, como se verá más adelante –al tratar el injusto– toda norma tiene un destinatario el cual tiene, necesariamente, que ser un sujeto motivable y, por ende, culpable.

Sin embargo, a pesar de estas objeciones, la autonomía del contenido y alcance de la culpabilidad administrativa, es también propuesta para el principio de taxatividad, propio de la legalidad; señalando que la tipicidad en el ámbito administrativo no guarda relación alguna con la tipicidad penal, por lo que es necesario abandonarla, para referirse únicamente a la exigencia de legalidad que debe imperar la potestad administrativa sancionadora (Latelier, 2017, p. 654).

Así, después de concluir que en el ámbito penal la regulación es mediante reglas y en el derecho administrativo mediante estándares, dicho autor nos remite al criterio establecido por el Tribunal Constitucional Chileno, el cual, en la Sentencia expedida en el Exp. Nro. ROL 2264-2012, señaló que basta que la norma establezca claramente a los destinatarios de la norma administrativa y la conducta que se sanciona, así se usen fórmulas genéricas como “*infracciones de las leyes, reglamentos,*

incumplimientos de órdenes y demás normas”; pues, como concluye Latelier (2017), “es imposible que se pueda tener mayores niveles de precisión o densidad, dada la complejidad, dinamicidad y aspectos técnicos involucrados en estos asuntos” (p. 655).

Como puede apreciarse, esta corriente doctrinaria acentúa las diferencias formales que existe entre ambos órdenes punitivos, abogando, los más radicales, por la elaboración de principios administrativos autónomos a las garantías penales y, los más moderados, a su recepción matizada dentro del orden administrativo; siendo este último la línea teórica más acorde con la presente investigación, pues, si bien las diferencias formales (sobre todo la distinta gravedad de la sanción) justifican la recepción matizada de ciertas garantías penales, ello no significa una patente de corso para elaborar construcciones autónomas que, como se ha visto líneas arriba, se alejen radicalmente del contenido constitucional inspirador de los “principios limitadores del *ius puniendi*”.

Y es este último criterio, por el que ha optado nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia expedida en el Exp. Nro. 20-2015-PI/TC, el cual, a diferencia de la posición plasmada por su homólogo chileno e, incluso, morigerando la recepción matizada en pro de una aplicación uniforme de garantías penales en el orden sancionador, ha declarado inconstitucional el artículo 46° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que regula su potestad sancionadora a los servidores públicos que “*contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen*”, precisamente por ser un enunciado extremadamente general, que impide identificar, con la precisión exigida por el principio de taxatividad, las conductas concretas por las que la Contraloría General de la República podría poner una sanción; justificando dicha decisión en la aplicación transversal de los “principios limitadores del *ius puniendi*”, en general, y del principio de legalidad, en específico, a todo el orden sancionador (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 020-2015-PI/TC, F.J. N° 37-41”).

Ahora bien, teniendo expuesto las corrientes formalistas y su recepción en la jurisprudencia constitucional, se debe señalar que las diferencias formales no pueden ser utilizadas para sustentar una diferencia cualitativa o sustancial entre el ilícito administrativo y penal, como el propio Merk ha reconocido, sino, a criterio del autor de esta tesis, únicamente para explicar que los matices procedimentales, entre uno y otro orden (incluso en cuanto a la flexibilización de los principios limitadores) se deben, precisamente, a la diferencia cuantitativa que debe existir entre el “injusto penal” y el “ilícito administrativo” y, consecuentemente, a la distinta gravedad de la sanción penal (de última ratio) o administrativa que correspondería a cada uno de ellos.

Respaldando lo alegado, el profesor Raúl Latelier Wartenberg, en su estudio referido, es contundente en señalar que las garantías penales sólo se explican cuando rodean una sanción de última ratio; pues estas mismas están orientadas a minimizar la violencia punitiva penal, debiendo tener más rigurosidad cuando más intensa sea la sanción, con el fin de minimizar, en todo lo posible, su aplicación; mientras que, en el ámbito administrativo, no existe la lógica de última ratio que obligue a rigurizar las garantías que rodean la sanción; evidenciándose, de esta manera, que “es el ajuste de la sanción al sistema jurídico lo que debe prevalecer” (Letelier, 2017, p. 678).

En sentido similar, el profesor Enrique Cury, en su libro *Derecho Penal- Parte General-*, concluye que, “el administrativo no es sino un injusto de significación ético social reducido, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la sanción penal” (Cury, 2005, pp. 106-107).

Así, a la luz de las líneas teóricas esbozadas, se puede considerar que estudios que defienden la teoría cualitativa (Guzmán, 2011, pp. 794 y ss.) en base a las diferencias formales que existen entre ambos órdenes punitivos, llegan a conclusiones inadecuadas, pues las diferencias

formales dimanar y se justifican, precisamente, en la diferencia cuantitativa que existe entre el “injusto/sanción administrativo” y el “injusto/sanción penal”, siendo este de última ratio; debiendo dejar en claro que el hecho de que la pena sea impuesta por el órgano judicial, mientras que la sanción administrativa por el órgano administrativo, no afecta la misma naturaleza de ambas sanciones, pues de acuerdo a la tesis unitaria del “*ius puniendi*”, analizada prolijamente por el profesor Bajo Fernández (Bajo & Bacigalupo, 2010, pp.81-105), se considera al Estado como un solo ente, sin importar que el “*ius puniendi*” haya sido ejercido a través de uno u otro órgano.

En segundo lugar, el estado actual de la cuestión impide que las diferencias procesales entre uno y otro ordenamiento afecten la naturaleza del derecho sustantivo que las motiva, pues tanto en el procedimiento administrativo, como en el proceso penal se busca imponer una sanción a un ciudadano por la comisión de un injusto. La norma procesal busca concretizar las consecuencias jurídicas que impone la norma material, y las diferencias procedimentales que existan para ejercer el “*ius puniendi*” no afectan la naturaleza de ambas infracciones.

En el mismo sentido, polemizando con dichas posiciones formales, el profesor Alcides Chinchay, en la investigación referida, concluye que el considerar a la gravedad de las distintas sanciones, emitidas en el derecho administrativo y penal, como criterio cualitativo diferenciador de ambos órdenes, es totalmente inadecuado, pues no hace otra cosa que alegar un razonamiento tautológico de que no es posible asemejar ambas sanciones porque del proceso administrativo emana una sanción administrativa, mientras que del proceso penal surge nada menos y nada más que una sanción penal (Chinchay, 2013, p. 47).

En sentido similar, el profesor Núñez, en su investigación “*El contenido esencial del non bis in Idem y de la “cosa juzgada” en el nuevo código procesal penal*”, advierte sobre el peligro que genera una inadecuada interpretación de esta posición formal, pues “al sustentar una

diferencia entre el injusto penal y el injusto administrativo, por meras cuestiones formales, y en base a ello alegar que las sanciones penales y administrativas son autónomas, no se hace otra cosa que vaciar de contenido al *ne bis in ídem*” (Núñez, 2012, pp. 29-31).

3.2.1.3. Teoría Cuantitativa.

Como segundo gran antecedente, existe la teoría cuantitativa, la cual fundamenta que el “injusto penal” y el “injusto administrativo” no tienen una diferencia sustancial o cualitativa, sino que su distinción radica en la distinta gravedad de los injustos sancionados por una y otra rama punitiva.

A) Sobre el concepto de injusto.

Solventando la última crítica, que hiciese el jurista Robert Von Hippel a la construcción dogmática de Goldschmidt, el profesor Molina (1995), en su investigación “*El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito*”, hace una reseña explicativa sobre la evolución del injusto y los sucesivos intentos por construir un injusto meramente objetivo ajeno a aspectos subjetivos propios de la culpabilidad, con el fin de justificar la separación sistemática que de ambas categorías realiza la teoría del delito.

Así, comienza explicando la antijuricidad como desobediencia a la norma y, por ende, la necesidad de que la misma sea entendida en base a la naturaleza de la norma misma. Para ello, cita el trabajo de Merkel, quien señala la imposibilidad de que lo ilícito se desvincule de lo normativo. En ese sentido, Merkel señala que toda norma es imperativa y, por lo tanto tiene un mandato dirigido a un destinatario, el cual tiene que tener plena capacidad para motivarse por la norma y decidir desobedecerla; cuestión que influye en el contenido del injusto, pues es imposible definirlo sin tener en cuenta cuestiones subjetivas propias del destinatario de la norma; generando que el injusto tenga dos requisitos: “primero, que el comportamiento evaluado suponga la lesión de la voluntad general objetiva descrita en la norma y, en segundo lugar, la

imputabilidad del sujeto destinatario de la norma al momento de desobedecerla” (Merkel, citado por Molina, 1995, pp. 266-268).

En conclusión, para Merkel no cabe concebir un injusto no culpable, llegando a sincretizar ambas categorías debido, precisamente, al carácter normativo del injusto (pues toda norma tiene que tener un destinatario motivable que decide obedecer o desobedecer a la misma); respaldando, de esta manera, la crítica de Robert Von Hippel, quien concluye que todo tipo de injusto, sea penal o administrativo, tiene como núcleo fundamental a la desobediencia del sujeto destinatario de la norma.

Sin embargo, el autor señala que se realizaron tres intentos para construir un injusto meramente objetivo, que supere el argumento del destinatario imputable de la norma y por lo tanto la importancia nuclear de la desobediencia. El primero de ellos fue a través de la concepción de la antijuridicidad como contradicción de una norma valorativa, trabajo que fue defendido por Mezger, quien señaló que la norma jurídica tiene dos funciones: una valorativa, aplicada al injusto; y otra imperativa, aplicada a la culpabilidad.

Es así que, de acuerdo a Mezger, citado por Molina (1995), la norma valorativa no tiene como destinatario a un sujeto determinado sino, en abstracto, señala lo que debe ser, plasmando el orden socialmente valorado, de tal manera que el injusto viene a ser la afectación o el menoscabo de ese orden social, enfatizando que el núcleo del injusto es el resultado afectante de dicho orden (pp. 270-272).

No obstante, esta teoría fue rechazada; pues, al afirmar dos planos independientes de una misma norma, está desconociendo su unicidad, como si se tratara de dos normas independientes. Asimismo, porque no ingresaría al plano del injusto los casos de tentativa, los cuales no generan resultado alguno. Dichas críticas fueron la causa de que, a decir de Molina (1995), en Alemania esta teoría sea prácticamente abandonada (p. 272).

Como postula Molina (1995), la segunda línea es la dimanada de la

adopción del finalismo y, por lo tanto, del desplazamiento del núcleo de la antijuricidad, desde el resultado hacia la acción. Así, la adopción de esta tesis genera que el injusto deje en un segundo orden lo normativo por lo ontológico (acción final) y, por lo tanto, traslade elementos del plano subjetivo al contenido del injusto; pero, limitado al conocimiento y voluntad que se tiene respecto al plano objetivo, manteniendo, por ende, la división sistemática entre estas dos categorías; cuestión que, sin embargo, no afecta el carácter normativo del injusto, entendiendo que el finalismo considera a la nueva tipicidad subjetiva como presupuesto de la propia antijuricidad (pp. 275-278).

Por otro lado, una tercera línea, defendida por Mir Puig, señaló que, para salvar la independencia del concepto de antijuricidad, se debe trabajar al margen de la teoría de la norma, haciendo referencia a la lesividad como categoría autónoma a la culpabilidad. Así, dicho autor construyó la noción de antijuricidad en base a afectación de bienes jurídicos (antijuricidad material); no obstante, Molina (1995) señala que, para englobar el real significado de la puesta en peligro o lesión del bien jurídicos es necesario comprender elementos subjetivos (dolo, negligencia, etc.) que condicionan la misma dañosidad social del hecho; evidenciándose que, incluso con esta postura, resulta dogmáticamente imposible separar la antijuricidad de la subjetividad (pp. 278-284).

Seguidamente, el profesor Molina (1995) señala que, últimamente, con las corrientes funcionalistas se está volviendo a entender al injusto en base a la contrariedad de lo normativo, justificando la integración de elementos subjetivos en el injusto a raíz de una visión imperativa de la norma penal y ya no por el protagonismo del desvalor de la acción final; evidenciando, así, la evolución dialéctica que el injusto ha tenido a lo largo de la historia; pero, manteniendo, en todo momento, a la desobediencia como su núcleo (p. 285); conclusión que permite afirmar que, sea el injusto administrativo o el injusto penal, ambos se sustentan en una desobediencia normativa, propia de la antijuricidad, compartiendo,

por ende, una misma naturaleza.

Finalmente, esta conclusión es aplicable también a las teorías constitucionalistas del bien jurídico, pues. Como recuerda Bricola, citado por Hormazábal (1991) es la norma penal o la norma administrativa la que individualiza y describe las ofensas de mayor o menor gravedad al bien jurídico; normas que, para lograr armonía constitucional deberán sobrepasar el filtro de ofensividad del bien jurídico– lo que Binding llamaba antijuricidad material– cuyo contenido material dimanará de los valores constitucionales plasmados conforme a la doñosidad social (p. 126).

Como colofón, es posible señalar que, si bien el núcleo del injusto es la contravención subjetiva de una norma, es también necesario encontrar una antijuricidad material manifestada por la afectación de los “bienes jurídicos”, contenidos a la vez en la Carta Magna; no obstante, como resalta Cordero (2012) “la tesis sustancialista o cualitativa excluyen del ámbito de los ilícitos administrativos el concepto de bien jurídico, protegiendo únicamente al interés de la administración, siendo que es muy difícil de separar cuando está en juego dicho interés o un bien jurídicamente valioso” (p.139).

Afirmar lo contrario sería revivir teorías para hoy desfasadas, pues como menciona la doctora Alarcón (2014), en su investigación “Los Confines de las Sanciones: En Busca de la Frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”, la diferencia entre ambos injustos sustentado en que “la infracción administrativa no es antijurídica, esto es no protege bienes jurídicos, sino sólo antiadministrativa – es decir constituye una mera desobediencia éticamente incolora – se encuentra totalmente superado; pues, también las infracciones administrativas precisan del elemento de la antijuricidad material” y, con ello, de la afectación de un bien jurídico (p.141).

En otras palabras, tanto el “injusto penal” como el “injusto

administrativo” tienen la misma naturaleza de antijuricidad formal (contrariedad a la norma) y antijuricidad material (afectación de bienes jurídicos protegidos); los cuales, dado la naturaleza de la antinormatividad, no pueden separarse del plano subjetivo, incluso si se parte desde la antijuricidad material, cuya plena significación exige la valoración de la intencionalidad o negligencia de la ofensividad; siendo este colofón dogmático el óbice insuperable de las teorías cualitativas.

B) “La diferencia cuantitativa entre el injusto penal y el injusto administrativo y su implicancia en los principios limitadores del ius puniendi”.

Con el avance de la doctrina, fue consolidándose, como doctrina dominante, la teoría de la diferencia cuantitativa entre el ilícito penal (con mayor contenido del injusto) y el ilícito administrativo (con menor contenido del injusto). Así, se puede comenzar citando a Welzel, quien, resumidamente, señala que “a partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas (Ordnungswidrigkeiten) están vinculadas con ella” (Welzel, citado por Silva, 2001, p.125).

En esa misma línea, en su investigación ya referida, el profesor Núñez (2012), ha colegido que, en conformidad con los principios de “mínima intervención”, “fragmentariedad” y “última ratio”, esta teoría persigue diferenciar al injusto penal del administrativo en base a la lesividad de los intereses tutelados, concluyendo que ambos ilícitos son lo mismo, diferenciándolos únicamente la menor o mayor intensidad de su gravedad (pp.104-105).

En el mismo sentido, la profesora Alarcón (2014), en su investigación ya citada, concluye que entre el injusto administrativo y el injusto penal, así como entre la sanción penal y la sanción administrativa, no existe

diferencia cualitativa que permita alegar una distinta naturaleza entre ellas; siendo lo diferente su intensidad; no sin antes advertir que “las teorías que defienden la existencia de diferencias ontológicas entre ambos injustos están hoy superadas” (pp.140-141).

Continuando con la defensa de la teoría cuantitativa, Alarcón (2014) concluye que el esfuerzo de cierta doctrina alemana en defender la tesis cualitativa, radica en que, a diferencia de España, en Alemania e Italia los delitos y las contravenciones se encontraban primigeniamente codificadas conjuntamente, siendo que, posteriormente, se reformó la legislación sancionadora, convirtiendo a las contravenciones más graves en delitos y a las menos graves en infracciones administrativas, necesitando, para ello un discurso doctrinario cualitativo, que justifique tal decisión legislativa.

Mientras que en España pasó todo lo contrario; pues, siempre el derecho administrativo sancionador ha tenido un desarrollo separado e incomunicado del derecho penal y, es en estos últimos tiempos, cuando se ha aceptado su naturaleza homogénea y, en base a ella, la aplicación de los mismos principios para ambos; por lo tanto, no existe razón, ni siquiera justificadora, para señalar una diferencia cualitativa entre ambos ilícitos, concluyendo que el legislador tiene un amplio margen discrecional para regular una conducta, como ilícito penal o como ilícito administrativo (pp.141- 145).

Finalmente, es necesario resaltar que, para Alarcón (2014), la naturaleza homogénea que existe entre el “injusto administrativo” y el “injusto penal” impiden que, bajo el pretexto de diferencias meramente formales entre el encausamiento penal y el encausamiento administrativo, se afirme la distinta naturaleza de ambos ilícitos; más aún si la utilización del principal caballo de batalla de los que defienden la tesis cualitativa, esto es la distinta concepción de la culpabilidad exigida para la comisión de los delitos y la requerida para el caso administrativo, no justifica, en absoluto la vigencia de una diferenciación cualitativa, pues “no hay duda de que actualmente también se precisa del dolo o la culpa para castigar en

vía administrativa y que la responsabilidad objetiva no tiene cabida en el derecho administrativo” (pp.141-142).

Siguiendo la misma línea, Chinchay (2013) señala que, de haber una diferencia sustancial entre sanción administrativa y penal, se vaciaría de contenido el principio de última ratio, pues no habría forma de decir que una consecuencia es primera o última respecto a otra, ya que serían sencillamente consecuencias diversas, sin relación alguna entre ellas (p.51).

En efecto, Chinchay (2013) relaciona la diferencia cuantitativa entre ambos ilícitos, con el “principio de intervención mínima”, el cual debe ser la guía o mapa que coordine *lege ferenda* a nuestro derecho sancionador, permitiendo que el derecho administrativo se encargue de sancionar los injustos más leves, dejando lo más grave al derecho penal.

Sin embargo, esta teoría, va mucho más allá y defiende la teoría unitaria del “*ius puniendi*” estatal, la cual fundamenta que la potestad del Estado para sancionar una conducta es una sola; y, por lo tanto, debe estar regida y limitada por los mismos principios, sin que interese el órgano estatal que dicta la sanción. El Tribunal Constitucional se refiere a esta postura al señalar que la imposición de una sanción administrativa, como toda potestad, está condicionada, para su validez, al Estado de Derecho y, por lo tanto, a la Constitución y sus principios, como es el caso del de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, etc. (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 1003-98-AA/TC, Fto. 06”).

En ese mismo sentido, el “Tribunal Supremo de España”, ha señalado que la noción dogmática de entender la teoría general del ilícito como supra concepto comprensivo, tanto del “ilícito penal” como del “ilícito administrativo”, tiene como consecuencia inmediata que la potestad sancionadora de la Administración se ejercite “ajustándose a los principios esenciales inspiradores del orden penal, ya que dicha potestad tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica

entre sanción administrativa y pena” (Sentencia del Tribunal Supremo Español, 3.º, secc. 5.º, de 9 de abril de 1996).

Así, acogiendo este mismo criterio, en el estudio referido líneas arriba, el profesor Núñez (2012) considera correcta la aplicación de los mismos principios al “Derecho Administrativo Sancionador” y al “Derecho Penal”, pues por medio de ambos órdenes jurídicos el Estado ejerce su potestad sancionadora con el fin de prevenir la comisión de futuros injustos menos graves (injustos administrativos) o más graves (injustos penales); no sin antes advertir que, existe consenso en admitir que el “*ne bis in ídem*” es una garantía irrenunciable en cualquier manifestación del control social formal (p.107).

Del mismo modo, Chinchay (2013), en su investigación citada, ha destacado la incorporación de principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador; dejando en claro que existen principios de la potestad sancionadora estatal del que participan, de manera semejante, tanto en el “Derecho Administrativo Sancionador” como en el “Derecho Penal” (p.15).

Tomando como referencia estos antecedentes, posteriores investigaciones, como la del profesor Caro (2005), titulada “*El principio de ne bis in ídem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, concluye que, si bien existen criterios de unificación del “*ius puniendi*” y la aplicación de las mismas garantías en ambos órdenes, no se debe dejar de lado que las diferencias cuantitativas que tienen estas ramas punitivas (al castigar injustos de diferente gravedad), han ocasionado que en el derecho administrativo, por imponer sanciones de menor gravedad y castigar injustos más leves, suceda una flexibilización de algunos de estos principios; lo cual, en lo que a esta investigación atañe, no perjudica a la aplicación del principio del “*ne bis in ídem*”, pues el no ser castigado dos veces por el mismo hecho es una garantía irrenunciable que abarca en igual intensidad a todo el ejercicio del “*ius puniendi*”. Al respecto, dicho profesor deja por sentado que, el debate sobre la flexibilización de las

garantías no afecta al principio del “*ne bis in idem*” en el ámbito administrativo (p.9).

Ahora bien, es necesario señalar que posturas más radicales polemizan en mayor medida el presente estado de la cuestión. Ejemplo de ello es lo señalado por el profesor Reátegui (2006), quien, en su investigación titulada “*La Garantía del “ne bis in idem” en el Ordenamiento Jurídico Penal*”, infiere que la aplicación irrestricta de los principios generales del ordenamiento penal al campo sancionatorio extra penal, más aún si actualmente existe una proliferación de conductas sancionadas dentro del rubro del derecho penal económico o el derecho penal ambiental, que antes eran tuteladas principalmente por el derecho administrativo (p.83).

En ese mismo sentido, en cuanto a la traslación de principios, el profesor García de Enterría, en su libro “Curso de derecho administrativo”, concluye rotundamente que “Nada hay, ontológicamente distinto entre unas sanciones y otras. Su sustancia es la misma y, por consiguiente, nada justifica que los principios, que constituyen expresión de esa sustancia, sean diferentes en uno y otro caso” (García, 1984, p. 147).

Desde el mismo frente cuantitativo, el profesor Bajo (2002), en su investigación “*La Unidad del Derecho Sancionador*”, comienza justificando la aplicación de las mismas garantías en ambos órdenes como compensación a la ruptura primigenia del principio de división de poderes, que únicamente otorga facultad sancionadora a los órganos judiciales y no a la administración; aplicación transversal de las garantías limitadoras del “*ius puniendi*”, que cobra vigencia gracias a “la tesis por hoy dominante de que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los jueces y tribunales (derecho penal) forma parte de un genérico “*ius puniendi*” del Estado, que es único aunque tenga lugar de dos formas distintas” (p.1).

Así, remitiéndose a jurisprudencia del “Tribunal Supremo Español” (STS 9 de febrero de 1972) y a la jurisprudencia del “Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (Caso Oztürk), el profesor Bajo (2002) concluye que “la potestad sancionadora de la administración no es una potestad administrativa más, sino que forma parte de la potestad punitiva del Estado”, teniendo sólo diferencias formales que no desnaturalizan, sino que confirman, la identidad sustancial de ambas sanciones, siendo necesario que, tanto el injusto penal, como el injusto administrativo, estén abarcados por las mismas garantías mínimas de su régimen jurídico (p.9).

Continuando su análisis, y remitiéndose al artículo 25° de la Constitución Española, Bajo (2002) señala que en dicho articulado la Carga Magna desarrolla conjuntamente las garantías de ambos órdenes punitivos; destacando entre estos principios al “principio de legalidad” y, como consecuencia del mismo, la vigencia transversal (para ambos órdenes sancionadores) del principio del “*ne bis in idem*” (p.13).

Finalmente, es necesario resaltar que, al igual que la doctora Alarcón Sotomayor, el profesor Bajo, citando numerosas sentencias de Tribunal Supremo Español¹⁴, señala que “en la actualidad resulta prácticamente indiscutida ya la aplicación de la garantía de culpabilidad en el orden administrativo, desterrándose definitivamente la responsabilidad objetiva” (Bajo, 2002, pp.14-15); admitiendo, como único criterio aceptable de matización, la sanción de las personas jurídicas, cuestión última que incluso está siendo uniformizada para ambos órdenes en numerosas legislaciones, que últimamente se encuentran desterrando de su ordenamiento al principio de *societa delinquere non potest*.

14 “En este sentido, el primer antecedente se encuentra en la STS de 16 de febrero de 1962, sin que la misma fuese secundada por ulteriores sentencias de la época. A partir de los años 80 esta exigencia viene siendo reiterada y puede considerarse ya consolidada: SSTs de 23 de marzo de 1982, 4 de octubre de 1982, 5 de octubre de 1982, 26 de diciembre de 1983, 4 de marzo de 1984, 13 de marzo de 1984, 23 de octubre de 1987, 30 de enero de 1988, 5 de febrero de 1988, 16 de marzo de 1988 (donde se exige la concurrencia del principio de culpabilidad como exclusión de la posibilidad de sancionar con la mera existencia de responsabilidad objetiva), 17 de diciembre de 1988, 10 de febrero de 1989, 13 de octubre de 1989, 17 de octubre de 1989, 7 de diciembre de 1989, 16 de febrero 1990, 27 de febrero de 1990)” (Bajo, 2002, pp.14-15)

Ahora bien, más allá de lo epidérmico, se debe acotar, en consonancia a lo concluido líneas arriba, que los matices alegados entre la intensidad de aplicación de ciertos principios en ambas ramas jurídicas no afectan la misma esencia punitiva de injustos con fin preventivo y retributivo que tienen ambos ordenamientos; pues, como menciona Gómez, citado por Lizárraga (2013), “la tesis mayoritaria actual sustenta que, con indiferencia de que se acepte o no, con ciertos matices, la tesis cuantitativa, es indiscutible concluir que, tanto la infracción penal como la infracción administrativa tienen la misma naturaleza” (p.7).

3.2.1.4. Posición mixta.

Con una posición ecléctica, el profesor Claus Roxin, en el estudio titulado “Derecho Penal. Parte General”, señala 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, sería más bien hablar, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativa- cuantitativa” (Roxin, 1997, pp.71-73).

También, desde una concepción mixta, los juristas Maurach y Zipf (1994), en su estudio “Derecho Penal Parte General 1” señalan que es posible hacer una distinción entre los delitos nucleares del derecho penal con las infracciones administrativas, pero en los casos umbrales o límites es necesario remitirse a una teoría cuantitativa, que los diferencia, únicamente, en cuanto a la gravedad del injusto (pp.16 y ss.).

En un sentido bastante similar, la profesora Zúñiga (2001), en su estudio denominado “¿Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador: ¿Hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador?”, si bien refiere que para la posición mayoritaria de la doctrina española y alemana, la diferencia entre el “injusto penal” y el “injusto

administrativo” es cuantitativa; no obstante no siempre sucede ello, pues, defendiendo una tesis mixta, la jurista concluye que no sólo existe únicamente una diferencia de grado (cuantitativa), pues, “si bien en las zonas fronterizas se puede constatar una diferencia cuantitativa, en la medida que se va llegando a los puntos extremos las diferencias cuantitativas valen tanto como una cualitativa” (pp. 1425 y ss.).

Así, Zúñiga (2001) distingue tres esferas o especies: primero, “ámbitos que indiscutiblemente pertenecen al derecho penal porque protegen bienes jurídicos básicos para la subsistencia de la sociedad”; segundo, “ámbitos que no pueden estar en la esfera penal, sino administrativa, por proteger meras infracciones de deber; y, tercero, “zonas grises, cuya pertenencia al derecho penal es cuestionable, porque no protegen bienes jurídicos fundamentales para la sociedad y porque el grado de ataque es lejano a la ofensividad” (p. 1430).

Como destaca Zúñiga (2001) estas últimas esferas son conductas provenientes del actual derecho penal socioeconómico, que han generado una administrativización del derecho penal, cuyos efectos son el recurso a las “leyes penales en blanco”, “cláusulas de autorización”, delitos que sancionan meras desobediencias, técnicas de adelantamiento de la protección, “delitos de peligro abstracto”, punición mayoritaria de delitos de infracción de deber, expansión de los contornos de la “omisión impropia” y de las “posiciones de garante” y, sobre todo genera un proceso de de-codificación; cuya consecuencia principal es la duda de si los “principios del derecho penal clásico” (ubicado en la parte general del código penal) es también aplicable a las leyes penales especiales (que regulan estas conductas modernas alejadas del tradicional hecho comisivo doloso naturalístico de lesión y resultado realizado por una persona natural con voluntad) (pp. 1431 y ss.).

Así, al reconocer la diferencia cuantitativa entre los injustos penales ubicados en esta frontera y los injustos administrativos, concluye que, al final, la distinción obedece a una decisión político criminal sobre la

oportunidad de intervención del derecho penal. En ese sentido, dicha jurista señala que tal decisión debe ser realizada analizando las ventajas y desventajas de ambos órdenes, analizando la materia específica que regulará cada una de los órdenes sancionadores y, sobre todo, aplicando los principios de “subsidiariedad”, “fragmentariedad” y “última ratio”.

En efecto, aplicando este último principio, la profesora concluye que todas estas zonas híbridas deberán ser protegidas por la norma extrapenal (administrativa, disciplinaria, laboral, civil, etc.), dejando al derecho penal la regulación de conductas clásicas; señalando, para ello, que la sanción de estas conductas híbridas, a través del derecho administrativo, no implica el incumplimiento de los “principios del derecho penal clásico”; sino, todo lo contrario, la trasposición de estos al ámbito administrativo, flexibilizando, en base al diferente objeto materia de regulación, sus alcances.

Ahora bien, es importante señalar que la doctora deja en claro dos puntos importantes: primero que la flexibilización de los principios no obedece a que el “Derecho Penal” sanciona con pena de cárcel (y por ende las garantías deben ser más rígidas) y el derecho administrativo sancionador castiga con sanciones más leves (y por ende las garantías de su imposición son morigeradas); sino a la diferente naturaleza de las conductas que sanciona una y otros órdenes; pues sea la sanción una pena, una multa u otra consecuencia distinta, la razón de ser de los principios no radica en la gravedad de la sanción, sino en evitar que el poder sancionador sea utilizado de manera abusiva o política, razón de ser que se repite en ambas ramas jurídicas.

Finalmente, la doctora Zúñiga (2001) deja por sentado que esta flexibilización de los principios sólo alcanzaría al “principio de culpabilidad” (“responsabilidad de personas jurídicas”), mas no al principio de legalidad, del cual deviene, valga la aclaración, el principio del “*ne bis in ídem*” (pp. 1432 y ss.).

Es interesante la posición de la jurista española; sin embargo, no ha sido inmune a las críticas, como la de su compatriota, el Doctor Silva (2005), quien, en su trabajo citado líneas arriba, ha señalado que, tal pretensión resulta a todas luces ucrónica, pues el derecho penal liberal, que se pretende reconstruir en realidad nunca existió como tal, olvidándose que el mismo siempre ha tenido una severa protección del Estado y de ciertos principios, salvaguardados a partir de una amenaza al ciudadano de imponérsele sanciones sumamente rigurosas (pp.149-150).

No obstante las críticas, con conclusiones similares a las de la profesora Zúñiga, el profesor Cordero (2012), en su estudio “El Derecho Administrativo Sancionador y su Relación con el Derecho Penal”, concluye que “existe una diferencia cuantitativa entre conductas sancionados por el Derecho Penal Colateral y las infracciones administrativas, pero existe una diferencia cualitativa entre los injustos del derecho penal clásico y los ilícitos administrativos” (p.149).; explicando su concepción del derecho penal colateral como aquel que, a diferencia del derecho penal nuclear (que solo sanciona conductas que ponen en peligro concreto “bienes jurídicos individuales”), éste sancionará conductas que sólo representan un peligro abstracto de “bienes supraindividuales”, las cuales se caracterizan, además, por su referencia a normas extrapenales y por la posibilidad de castigar a las personas jurídicas (p.149)..

Por último, dentro de una concepción mixta, el profesor Lascuraín (2005) señala que las diferencias cuantitativas entre ambos ilícitos dimanarían en diferencias cualitativas, pues la diferente intensidad de sanciones va a implicar numerosas diferencias en la configuración, interpretación y aplicación de las normas, debido a la relación existente entre los principios que rodean la sanción y la cuantía de estas últimas (p. 619).

3.2.2. “Sobre el Contenido de la Identidad de Fundamento, propia del *ne bis in ídem*, ante la concurrencia de una Sanción o Proceso Penal y una Sanción o Procedimiento Administrativo Sancionador”.

Como exordio del presente acápite, es necesario señalar que las distintas investigaciones, que han tenido como objeto de análisis al “contenido de la identidad de fundamento” en el marco del derecho sancionador, varían marcadamente, dependiendo de si toman a la teoría cualitativa o cuantitativa como puntos basilares de sus construcciones teóricas.

Así, partiendo de la teoría cualitativa, se debe señalar que, debido a su contenido teórico, se niega la posibilidad de encontrar una “identidad de fundamento” entre una “sanción o proceso penal” y una “sanción o procedimiento administrativo sancionador”; precisamente, porque esta teoría, como se ha desarrollado supra, señala que ambos órdenes protegen intereses totalmente distintos, existiendo la plena posibilidad que sus consecuencias jurídicas coexistan pacíficamente sin vulnerar al “*ne bis in ídem*”.

En dicho sentido, el profesor Silva (2005), ha señalado que lo decisivo es el criterio teleológico, esto es el objetivo que siguen ambos órdenes legales; pues, mientras el primero busca proteger “bienes jurídicos concretos”, en base a “criterios de lesividad” y “peligrosidad concreta”, así como de “imputación individual del injusto”; por otro lado, el segundo busca ordenar sectores de actividad, siguiendo cuestiones de afectación general o estadística (p.125).

Es esta diferencia teleológica la que genera a priori la imposibilidad de encontrar una identidad de fundamento entre ambas sanciones, no obstante, enervando este aparente óbice teórico, resulta llamativa la propuesta del profesor García (2005) de sustituir la identidad de fundamento por la identidad de efectos. Lo dicho ha sido esbozado en su investigación titulada “Fraude en la Administración de Personas Jurídicas

y delitos contra la Confianza y la Buena fe en los negocios” en cuyo contenido colige que debe reformularse la identidad de fundamento como identidad de efectos, para determinar si una sola sanción alcanza al fin de la sanción soslayada y, de ser así, sólo cabrá imponer la sanción más grave, esto es la sanción penal (pp.181-182).

Sin embargo, a pesar del esfuerzo loable de investigaciones como la citada, los antecedentes teóricos que niegan la identidad de fundamento a partir de la defensa, a ultranza, de la diferencia cualitativa, han quedado desfasados por un desarrollo, cada vez mayor, del concepto de bien jurídico.

Lo dicho ha sido colegido por el Profesor Lizárraga (2013), quien, en su investigación titulada *“Fundamento del ne bis in idem en la Potestad Sancionadora de la Administración Pública”*, deja en claro que, las propuestas dominantes enfocados en las teorías cualitativas, que tuvieron vigencia en los setenta, ahora vienen quedando en desuso “por el desarrollo del bien jurídico, el cual se fundamenta en aspectos socio funcionales, soslayando las consideraciones éticas, cuestión que originó que la doctrina especialmente penal considere que, tanto el injusto penal como las infracciones administrativas lesionen bienes jurídicos” (p.7).

En efecto, dentro del desarrollo teórico que ha tenido la cuestión de la presente investigación, la teoría cuantitativa, en detrimento de la teoría cualitativa, ha encontrado su fundamento a medida que evolucionaba el concepto del bien jurídico protegido; desarrollo teórico que influye hasta el día de hoy en toda la dogmática penal, en general, y, por supuesto, en la delimitación de la identidad de fundamento entre una “sanción administrativa” y una “sanción penal”, en específico; siendo, por ello, necesario avocarse, subsiguientemente, a las líneas teóricas que, sobre el bien jurídico, han esbozado la doctrina penal para identificar la base dogmática de la que se parte en esta investigación y su engranaje al objetivo de determinar el contenido de la “identidad de fundamento” entre una “sanción administrativa” y una “sanción penal”.

La necesidad de avocarnos a la evolución del “bien jurídico”, para determinar la “identidad de fundamento” de una sanción (entendida como contenido del injusto), radica en que, a decir de Rudolphi, “el bien jurídico constituye uno de los puntos de vista para concebir el núcleo material de los injustos común a todo comportamiento antijurídico”; debiéndose tener presente que el bien jurídico no podrá dotar de contenido concreto al injusto si su conceptualización se mantiene vaga e imprecisa (Rudolphi, citado por Hormazabal, 1991, p.12; p.68).

Así, mientras más imprecisa sea la definición del bien jurídico, menos sustrato definido tendrá el injusto y, por lo tanto, será menos posible determinar la “identidad de fundamento”; pues, como se ha señalado en el planteamiento del problema, el bien jurídico es importante para determinar la identidad de fundamento, pero siempre y cuando se concretice en un contenido concreto del injusto; contenido al cual se busca llegar a través de esta tesis dogmática, la cual no puede continuar sin antes desarrollar las distintas posiciones que sobre el bien jurídico han sido enarboladas.

Para ello, es necesario advertir que es imposible describir y comprender los lineamientos teóricos de cada escuela, teoría o posición doctrinal que sobre el bien jurídico ha sido esbozada, si no se precisa, primero, el contexto histórico, político y filosófico que enmarcaron dichas teorías; pues, como el filósofo José Ortega y Gasset afirmó: “el hombre es él y sus circunstancias” (Ortega y Gasset, 1984, p.11) reflejando, así, la importancia de las circunstancias históricas, políticas, económicas, filosóficas y otras que contextualizan la vida de un hombre y sus pensamientos; circunstancias que serán desarrolladas a continuación, mediante la sustentación de la evolución del bien jurídico protegido.

3.2.2.1. *El absolutismo y el orden divino durante la edad media.*

En el siglo XVII, la mayoría de monarcas europeos llegaron a culminar el proceso de concentración del poder que se venía produciendo desde la edad media, generando que el rey se convierta en el jefe del ejército, juez supremo y principio de la ley, poseyendo, de esta manera, el poder ejecutivo, judicial y legislativo de manera totalitaria y absoluta; justificando dicha titularidad en el origen teísta de dicho poder y en la virtualidad divina del monarca, siendo un ejemplo del absolutismo europeo el reinado de Luis XIV, cuyo gobierno fue la de un rey-Estado (Marseille,1999, t. 10, p.1179).

El absolutismo encontró justificación filosófica en autores como Thomas Hobbes, quien, en su libro “Leviatán”, legitimó la existencia de un poder absoluto en manos del rey, con el fin de conjurar el caos y belicismo generado por el estado natural del hombre, quien era considerado un lobo para su semejante. De manera literal, el Hobbes (2003) concluyó que la condición del ser humano es la guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está dirigido por su razón propia, utilizando cada recurso para salvar su vida contra sus enemigos; por lo que, mientras se mantenga vigente este derecho natural de todos contra todos, no habrá seguridad para nadie, siendo el único camino el conferir poder común capaz de defenderlos, cuya fuente se encuentre en Dios, rey de toda la tierra y también de las naciones en particular, por intermedio del soberano, quien concentra las potestades legislativa, judicial y ejecutiva (Hobbes, 2003, pp. 67;72; 97-98; 100-101; 159; 215-216).

Bajo este contexto, como precisa Hormazábal (1991), el delito es considerado una agresión a Dios, mediatizada a través de una agresión al soberano, quien funge de su representante en la tierra, y asimilable, en consecuencia, al pecado que ha dañado el orden divino, cuyo contenido es definido, circunscrito y protegido por la ley divina, que no es otra cosa que la voluntad del rey; transgresión que no tiene otra consecuencia que

la pena, con la cual se busca la expiación del pecado cometido (p.14).

Como puede apreciarse, en esa época no había cabida para la existencia de normas que protejan otra cosa que no sea la voluntad del rey, siendo sus mandatos, útiles o no al pueblo, el único objeto de protección. Esta realidad jurídica fue ilustrada por la leyenda del sombrero de Albrecht Gessler, gobernador austriaco que hizo colocar su sombrero a lo alto de una estaca; graficándose, de esta manera, que el gobierno absolutista priorizaba la protección de la autoridad y voluntad del rey, por más absurda o tirana que haya sido.

3.2.2.2. El Iluminismo y la “Lesión de un Derecho Subjetivo”.

Como se refirió supra, durante el siglo XVII, el absolutismo predominaba en la mayoría de países europeos, a tal grado que el rey francés Luis XIV (1643-1715) llegó a vertir la frase “el Estado soy yo”, resaltando el poder absoluto que se concentraba en los monarcas de entonces; absolutismo que predominó, también, en el imperio germánico, cuyos principados consolidaron su autonomía absoluta después de la guerra de los treinta años que, desde 1618 a 1648, enfrentó a la dinastía de los Habsburgo (que pretendían la creación de un estado germánico católico y unificado) contra los príncipes protestantes alemanes que pretendían, y así lo hicieron, conservar la autonomía de sus estados absolutos dentro del imperio.

No obstante, esta realidad no se replicaba en Inglaterra y los Países Bajos, desde donde se efectuaba cierta resistencia al absolutismo, a tal grado que en 1648 los Países Bajos fue el primer Estado europeo en donde se proclamó una república. Ahora bien, es precisamente en los Países Bajos que, en el año 1637, el filósofo René Descartes publica su obra “El Discurso del Método”, con la cual prueba la existencia de un sujeto cognoscente a partir de su duda y, por ende, a partir de su pensamiento, ilustrando su teoría con su famosa frase “pienso, luego soy” (Descartes,

2002, p.22).

De esta manera, Descartes sitúa al hombre cognoscente y racional en la centralidad y, con esto, da nacimiento al Humanismo y al Racionalismo como teorías que hacen del hombre racional su punto de partida epistemológico, desplazando a Dios del trono que tenía durante la edad media y, por lo tanto, a lo divino como la fuente del poder y a su representante terrenal (rey) como único destinatario del mismo. En efecto, como refirió Marseille (1996), con Descartes la razón se convirtió en el imperativo supremo, pues, al promover el libre examen del ser humano, relegó los prejuicios heredados de las concepciones medievales (t. 11, pp.1298-1299).

Como desarrolla Feinmann (2013), Descartes rompe con el pensamiento teologal del medioevo y otorga al hombre (en tanto sujeto) y a su subjetividad (en tanto pensamiento) el rol protagónico en la historia; siendo ahora la subjetividad lo que da fundamento a todo lo existente y el pensamiento la base de todo decurso filosófico, histórico, económico, social y político; sentando, con ello, las bases de las posteriores ideas iluministas de Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Diderot, D'Alembert, planteadas en obras trascendentes como la gigantesca enciclopedia, que dimanaron, a la vez, en el proceso histórico que llevó a las turbulentas jornadas de la revolución francesa, la toma de la Bastilla y el decapitamiento de Luis XVI (temp.1- ep.2). Sobre la importancia de esta última obra, Messer (1927) señala lo siguiente:

“Diderot fue propiamente el director de la gigantesca Enciclopedia (en 35 tomos) de las ciencias, las artes y la industria. Para la publicación de este diccionario de la Ilustración se reunieron casi todos los líderes de los modernos círculos pensadores de Francia (llamados enciclopedistas, el principal de los cuales fue D'Alembert). Esta obra ofreció abundantes armas para luchar contra las autoridades dominantes, especialmente en el terreno religioso-eclesiástico” (pp.218-219).

Así, dentro de esta corriente iluminista, en el año 1789, el filósofo Immanuel Kant dio a luz a su obra “Crítica de la razón pura”, en la cual defiende que es la razón la que cita leyes a la naturaleza, señalando que el sujeto no es solo cognoscente, como afirmaba Descartes, sino que, además, es un sujeto trascendente que, con su razón, constituye y moldea un mundo para poder conocerlo, utilizando, para ello, categorías del pensamiento como la unidad, pluralidad, cantidad, calidad, negación, etc. Así, “la diosa razón es la que crea la realidad, porque se subleva contra ella. La razón es revolucionaria cuando la realidad no está de acuerdo con la razón. Ésta revoluciona la realidad hasta que la misma se relacione con ella como un espejo” (Kant, citado por Feinmann, 2013, temp.1-ep. 4).

En efecto, es la razón del hombre la que ilumina la realidad y la que garantiza su progreso. Así, a diferencia de Hobbes, quien creía que el hombre era un lobo para el hombre, los iluministas consideraban que el hombre nace libre e igual en derechos y que, por ser racional, “es naturalmente bueno” (Rousseau, 2008, p.271), pues “el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional, siendo por ello necesario erigir al Estado con el fin de realizar la libertad jurídica” (Kant, citado por Hormazábal, 1991, pp. 14-16).

Es así que, el orden legal surge como manifestación de dicha libertad y del corsé que le impone la razón, pues, si en la época feudal las relaciones de dependencia eran de naturaleza personal y estaban reguladas por la divinidad, la cual establecía las jerarquías sociales; por otro lado, en el nuevo orden liberal la relaciones de poder no tienen como objeto a las personas, sino a las cosas y por intermedio de ellas a las personas; ingresando el derecho a regular estas nuevas maneras de relación. Es así que, la protección de un derecho subjetivo quiere decir el reconocimiento jurídico de una esfera de poder dada a un individuo, confiriéndole el poder de defender sus intereses (Hormazábal, 1991, p.16).

Así, esta teoría del derecho subjetivo, como objeto de protección del

Derecho, tenía sustento en los postulados filosóficos kantianos y en las teorías políticas posteriores que, además de sustentar el principio político de división de poderes (Montesquieu- “El Espíritu de las leyes”), el principio de libertad de pensamiento (Voltaire), diseñaron, además con Jean Jacques Rousseau, en su obra el contrato social, el concepto de la soberanía nacional, que subrogaba a Dios por el pueblo como fuente del poder.

Es así que, de acuerdo a esta teoría del “contrato social”, los ciudadanos cedían parte de su libertad al Estado, para que éste proteja todos aquellos valores vitales para la comunidad, adquiriendo éste legitimidad para castigar a todo aquel que los lesione (Rousseau, 1983, pp.41-42; 46;48). En la misma línea, refiriéndose a la teoría del contrato social, el profesor Sina, citado por Hormazábal (1991) en su estudio titulado “La historia dogmática del derecho penal”, coligió que, “el considerar al delito como una lesión de un derecho, no se hace otra cosa que expresar la teoría del contrato social en el derecho penal” (p.13).

Es así que el bien jurídico protegido, sin llamarse tal, llegó a ser concebido como aquel derecho subjetivo que, por su importancia vital para la convivencia de la comunidad, se abstraía y se convertía en un valor de trascendencia para toda la sociedad y no solamente para el individuo que era su titular.

Lo dicho adquirió un sustento filosófico en el estudio del profesor Eser (1998), titulado “*Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a costa de la Víctima*”, en el cual, interpretando a Kant, concluyó que, al cometerse un robo contra un individuo, no sólo se lesionaba la propiedad de éste, sino que se afectaba al valor que tiene la propiedad para todo el colectivo social; pues como dice Kant, “si robas a otro, te robas a ti mismo”, es decir que al robar a una persona no sólo lesionas la propiedad de éste, sino que vuelves insegura la propiedad de todos, incluyendo la tuya, porque el valor de la propiedad pierde su esencia de exclusividad, al poder ser arrebatada por cualquiera (p.14).

Son estos postulados filosóficos, políticos y jurídicos los que permitieron a Feuerbach postular, en 1832, la teoría iusprivatista de la “lesión de un derecho subjetivo”, la cual sostenía que “La razón sólo podría justificar la pena en la medida que esta surja como reacción a una conducta que sea lesiva de los derechos de otro o bien ponga en peligro al Estado garante de una vida en común, de tal manera que, donde no haya una lesión a un derecho subjetivo, no puede haber delito” (Feuerbach, citado por Hormazábal, 1991, p. 14.)

Como se puede apreciar, para Feuerbach el objeto de protección del Derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los derechos del Estado y “si bien es cierto, el Derecho penal liberal fue modulado como instrumento de protección de los llamados bienes jurídicos individuales; sin embargo, también brindó protección a bienes colectivos (fe pública, administración de justicia, seguridad del Estado)” (Villegas, 2010, p.9).

No obstante, como resalta Amelung, citado por Hormazábal (1991), “la exclusiva protección de derechos subjetivos se tradujo en el campo del derecho positivo en una considerable disminución de lo punible, ya que conductas no vinculadas a la lesión de un derecho subjetivo (blasfemia, intento de suicidio) perdieron su carácter delictual” (p. 17).

Por otro lado, en el contexto político y social de dicha época, las ideas iluministas, dimanadas de la filosofía racionalista, idealista y humanista, causaron el declive de las monarquías absolutistas, en búsqueda de un Estado soberano que ejerza el poder mediante los brazos autónomos del poder ejecutivo, legislativo y judicial, respetando los límites de garantías que salvaguarden la libertad y, específicamente, protejan la libertad económica, cuestión que tenía como su más trascendental objetivo que la clase burguesa pueda acceder al gobierno y, por lo tanto, pueda regular la actividad económica y social en base al capitalismo que sustentaba su poder.

3.2.2.3. *El Ilustracionismo Naturalista de Birnbaum.*

El iluminismo generó un cambio radical en el mapa social y político de toda Europa, que no se circunscribió a la revolución francesa y a las formas de gobierno que posteriormente adquirió Francia (Asamblea Legislativa, La Convención, el Directorio y el Consulado); sino que se expandió por gran parte de Europa occidental y central a través de las Guerras Napoleónicas realizadas por el imperio francés; las cuales tuvieron, como lógica consecuencia, la diseminación de los ideales revolucionarios y la consecuente extinción de los gobiernos absolutistas europeos.

No obstante, debido a que la mayor cantidad de estados europeos se enfrentaron continuamente al ejército napoleónico, este sufrió una serie de derrotas que culminó en la caída del entonces imperio francés y, con ello, el nacimiento del período histórico conocido como la Restauración, que abarcó desde la derrota del imperio Napoleónico, en el año 1815, hasta las revoluciones europeas de 1848, en el cual se pretendía recomponer el antiguo régimen absolutista; objetivo que, por la diseminación de la ilustración y el poder liberal de la burguesía, no fue conseguido, sino de forma limitada.

En efecto, lejos de generarse un poderoso movimiento contrarrevolucionario que restableciera íntegramente al antiguo régimen (como pretendían ciertas corrientes monárquicas) se tejió una serie de propuestas políticas destinadas a devolver a ciertos reyes el poder, pero esta vez limitado por las libertades enarboladas por la revolución, entre las cuales se encontraba la libertad económica de la burguesía que, para ese entonces, se encontraba anclada en el poder y deseaba conservar dicho orden.

En pocas palabras, se morigeró o sacrificó ciertos principios políticos de la revolución (como la soberanía del pueblo o la división de poderes), pero se conservó y consolidó la economía liberal y capitalista de la

burguesía. Así, sobre la restauración, específicamente en Alemania, el profesor Wolfe, citado por Horbazábal (1991) explicó que, lo que se trataba era de consolidar el presente no de destruirlo, con el fin de revestir el valor a este presente en que la burguesía detentaba el poder social, político y económico (pp. 19-20).

Ahora bien, producto de esta restauración germana, la soberanía del pueblo, como fuente de poder, fue trasladada a la soberanía del príncipe, cuyo contenido fue expresado por la Constitución de uno de los estados herederos de la disolución del Sacro Imperio Romano Germánico, por las guerras napoleónicas, a saber la Constitución Bávara de 1818, en cuyo artículo 18° se señalaba que *“El rey es el jefe supremo del Estado, reúne en sí todos los derechos del poder estatal y los ejerce con sujeción a las distinciones por él dadas y fijadas en el presente instrumento constitucional. Su persona es sagrada e inviolable”*; buscando generar, con ello, un monarca con suficiente poder para evitar nuevamente la afectación a la soberanía nacional como había sucedido hace poco con las guerras napoleónicas.

Así, tanto la defensa de las instituciones nacionales, la vinculación del individuo a su historia y cultura nacional, así como la consolidación de la hegemonía burguesa, encontraron sustento en la filosofía de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, vertida en el Estado Prusiano de Federico Guillermo (Sabine, citado por Hormazábal, 1991, p. 25), quien, superando el aporte del sujeto cognoscente de Descartes y del sujeto constituyente de Kant, se avocó a definir al objeto a partir del sujeto y su historia, el cual no sólo era cognoscente o constituyente, sino que, a partir de ahora, era un sujeto absoluto, que es lo mismo que la materia, pues, mientras el sujeto es el hombre, la sustancia es la historia.

En efecto, mientras Descartes había podido comprobar la existencia del sujeto a través de su pensamiento (pienso luego existo), éste no había podido definir el objeto o la cosa externa al hombre, cuya existencia sólo pudo ser definida por Kant, a través de las categorías del pensamiento

(unidad, pluralidad, totalidad, cantidad, calidad, negación, limitación etc.), pero siempre vinculadas a un hombre que ya no era sólo un sujeto cognoscente, sino además trascendente, que definía y daba forma al objeto en base a lo que el objeto era para éste; capacidad moldeadora generada producto de la experiencia que el pensamiento (y sus distintas categorías) permitía al hombre.

Sin embargo, como apunta Feinmann (2013), ni siquiera Kant había podido definir al objeto o a la cosa externa en sí misma; es decir, a la cosa desvinculada del pensamiento del hombre, a la cual Kant situaba dentro de un mundo de la experiencia imposible, pues sólo hay un objeto para un sujeto. Esta cosa en sí misma, de imposible aprehensión por el pensamiento del hombre (a la cual llamó el Noúmeno) generó que, hasta ese momento, el sujeto no pueda apoderarse racionalmente de la totalidad de lo real y, políticamente, que el hombre burgués no pueda consolidar su rol protagónico y adueñarse de la totalidad del poder político (temp.1-eps. 5-6).

Al respecto, Feinmann (2013) suscribe lo descrito concluyendo que, la filosofía kantiana se detiene en un determinado punto debido a que la burguesía no ha hecho todavía su asalto definitivo al poder; mientras que, en sentido contrario, Hegel es el filósofo de la revolución francesa porque para este filósofo ya no hay la cosa en sí, pues la cosa en sí ha sido adueñada por la Burguesía, quien se apropió de todo el poder, de toda la totalidad; siendo la filosofía hegeliana, precisamente, la apropiación de todo lo real (temp.1- ep.6).

Ahora bien, Hegel, citado por Feinmann (2013) prescinde de la cosa en sí porque en su obra, “La Fenología del Espíritu”, “se hace cargo de la historia del hombre, señalando que el objeto es el hombre y la sustancia la historia, de tal manera que la historia y el hombre se hacen al mismo tiempo: los hombres hacen a la historia a través de su razón y la historia del sujeto es la historia del desarrollo autoconsciente del espíritu” (temp.1-ep.6).

Como explica Savater (2009), el hombre tiene su propia historia de autodesarrollo que va adquiriendo de la historia humana, la cual se edifica a partir de rupturas, de negaciones de lo que muere para pasar a convertirse en otra cosa. De esta manera, todo surge (tesis), posteriormente es negado (antítesis) y finalmente vuelve a ser negado, convirtiéndose en una cosa distinta que engloba, totaliza, y concilia a los dos momentos antagónicos anteriores en una síntesis que los contiene y supera; generándose, a partir de la repetición de este proceso lógico, que Hegel plasma en su obra “Ciencia de la lógica”, un desarrollo lineal dialéctico de la historia (pp.207-208).

Así, esta filosofía idealista que, a través de la identificación de la materia con la historia del hombre, permitió el apoderamiento racional de la totalidad de lo real y, políticamente, la consolidación de la burguesía europea; encontró recepción, como era de esperarse, en la escuela histórica del derecho desarrollada por Savigny, para quien “el derecho es un producto histórico nacido del espíritu del pueblo y como tal no cabe afirmar que sea un producto de la razón o que el derecho natural sea algo invariable y eterno a descubrirse por la razón, debiéndose negar su raíz contractualista, precisamente por su ahistoricidad” (Savigny, citado por Hormazábal, 1991, p.22).

No obstante, al igual que el papel que desempeñó la restauración frente a la revolución francesa; la escuela histórica del derecho tampoco fue totalmente reaccionaria contra la ilustración y el idealismo, que la produjo, pues si bien criticaba a la razón como fuente del derecho, asimilaba a la comprensión del mundo histórico como su fundamento basilar para el despertar de un sentido histórico positivista.

Más allá de lo epidérmico, el profesor Hormazábal (1999) desarrolla la vinculación de la escuela histórica del derecho con la filosofía Hegeliana y las características de la Restauración, dejando en claro que, así como la restauración no significó un divorcio con la revolución burguesa, de la misma manera la escuela histórica no fue una simple

respuesta contra la ilustración, sino contra una de las formas del pensamiento de la época, a saber contra el derecho natural, oponiéndole a éste el derecho positivo. Así “las nuevas condiciones exigían la intervención del derecho penal en ámbitos que antes eran vedados por la restrictiva doctrina de los derechos subjetivos inspirada en Kant; pero no para los planteamientos hegelianos” (pp.25-26).

Es así que, para poder volver a criminalizar aquellas conductas, sobre todo de orden moral, que habían sido desplazadas del orden penal por la teoría del “derecho subjetivo”, el jurista J.M.F. BIRNBAUM, citado por Hormazábal (1991,) planteó la tesis de los “*bienes*”, según la cual la conducta criminal no lesiona un derecho subjetivo, sino un “bien”, el cual “aparece en relación con un concepto natural de lesión que vinculamos con una persona o una cosa que la concebimos como de nuestra pertenencia o sobre algo que para nosotros es un bien que nos puede ser disminuido o sustraído, debiéndose dejar en claro que dicha disminución o sustracción no verá disminuido o sustraído nuestro derecho” (p.30).

Ahora bien, para explicar el origen del “bien”, “Birnbaum señala que estos han sido brindados al hombre por la naturaleza (manteniendo cierto aporte naturalista propio de la ilustración) o son el resultado de su revolución social y de la sociedad burguesa” (Birnbaum, citado por Hormazábal, 1991, p.28) llegando a clasificarlos en bienes “naturales y sociales” y a los delitos en “delitos contra el ser colectivo y en contra del individuo”; ampliando, de esta manera, el catálogo de delitos a aquellas conductas que no eran objetivamente dañinas para la sociedad, en salvaguarda de “bienes colectivos”.

De esta manera, como afirma Villegas (2010), “el rigor del criterio establecido conforme a las ideas de la ilustración fue disminuido para justificar la ampliación de la intervención penal para reprimir conductas consideradas delitos como el incesto (buenas costumbres) o el perjurio (falta de respeto a Dios)” (p.10); limitación, propia del contexto

restaurativo, que se intensificó cuando Birnbaun sostiene que los bienes son, también, producto de valoración y, por lo tanto, dependen de la estimación que sobre estos haga el sujeto valorante, quien no era otro que el gobierno del principado germánico de Baden, lugar en que fue elaborado la obra de Birnbaun.

Así, sobre las consecuencias de esta teoría restaurativa, el profesor Hormazábal (1991) concluye que, al no ser el “bien” un objeto valorado por el propio Estado, el mismo no fungió otro papel que “el de ser un instrumento restaurativo del Estado, al cual le permitía incriminar toda conducta que perturbe las nuevas condiciones sociales que se instauraron con la restauración” (pp.32-33); sin embargo, dichos postulados no tuvieron más mención que en el ámbito académico, pues en lo político tuvo que ceder el paso a teorías hegelianas mucho más acordes con los fines de la restauración.

En efecto, a pesar de ser coherente con el fin restaurativo, el hecho de que Birnbaum mantenga una base iusnaturalista, propia de la ilustración, y por ende del motor revolucionario, generó que la dogmática penal acuda a posiciones más radicales que, sin abandonar por completo a la filosofía de Hegel, sean más acordes con la consolidación de la burguesía y, por ende, con el proceso de restauración; dando, de esta manera, paso a la consolidación de un positivismo representado por Karl Binding y Franz Von Liszt.

3.2.2.4. La consolidación del Positivismo.

Como apunta Maerseille (1992), Dentro de las treinta y nueve organizaciones políticas herederas del Sacro Imperio Romano Germánico, destruido por Napoleón, se encontraba perennemente vigente la idea de unificación alemana; la cual se plasmó, aunque incipientemente, en el congreso de Viena de 1815, donde se acordó la constitución de la Confederación Germánica, la cual reunía, bajo la presidencia del imperio de Austria, a los restantes treinta y ocho estados germánicos con el fin de

regular políticas económicas uniformes que, salvaguardando la soberanía de cada Estado, permita la coordinación de un mercado unitario (pp. 1815-1820).

No obstante, la constante pugna por el poder de los dos Estados más poderosos de la Confederación Germánica (Prusia e Imperio de Austria) generó que pocas veces se pueda tomar una decisión relevante, si es que ambos estados no estaban de acuerdo; confrontación que condujo, finalmente, a la guerra austro-prusiana de las siete semanas, de la cual, dado su mayor desarrollo industrial y económico, salió vencedora Prusia, la misma que, después del tratado de Praga del 23 de agosto de 1866, se convirtió en el Estado hegemónico de Alemania.

Así, como colige Marselle (2019), producto de la victoria prusiana, se disolvió la Confederación Germánica y, soslayando a Austria, se conformó la Confederación de Alemania del Norte que, bajo la dirección de Prusia, reunió a veintidós Estados germánicos, los cuales, conservando su autonomía interior, se encontraban ligados, en cuanto a política exterior, al gobierno confederado, el cual, después de obtener la victoria en la guerra franco-prusiana de 1850-1871, consolidó su poder unificado convirtiéndose en el “II Reich” o Imperio Alemán que tenía al Kaiser Guillermo I a la cabeza y a su canciller Otto von Bismarck como titular del poder ejecutivo (pp.11-15).

Ahora bien, la tarea de unificación alemana que emprendió Prusia requirió de un poder estatal fuerte y autoritario, que le permita derrotar a Austria y, posteriormente, unificar en el II Reich a los demás estados germánicos. Dicho fortalecimiento interior y exterior de Prusia, que condujo a la consolidación del imperio alemán, fue gracias a dos pilares basulares: la revolución industrial que, desde el plano económico, otorgó un papel protagónico a Prusia gracias a la riqueza en carbón que tenía en la región del Rin-Ruh; y el principio de “soberanía estatal” que, desde el plano político, significó el reconocimiento de la autonomía del Estado, su personalidad jurídica y, por supuesto, el poder de dominar y exigir

obediencia (Jellinek, citado por Hormazábal, 1991, pp.45-46).

Por otro lado, como refiere Mir (1976), el progreso de las ciencias, al servicio de la industria, significó el soslayamiento del pensamiento idealista de Hegel y su sucesión por el positivismo, asociado filosóficamente a Auguste Comte, quien planteaba que el método del positivismo, propio de las ciencias naturales, debía ser también de las ciencias sociales; de tal manera que pase de lo deductivo a lo inductivo, de la imaginación a la observación, de lo abstracto a lo real, de la idea a la materia, pues ya no se trata de cuestionar los fenómenos, sino de explicarlos como a las realidades exentas que son (pp. 208 y ss.).

Al respecto, Auguste Comte (1984), en su obra “Discurso sobre el Espíritu Positivo” señala que la evolución intelectual de la humanidad se resume en tres estados: en primer lugar el estado Teleológico o ficticio, para el cual “la vida es por fin retirada de los objetos materiales para ser transportada a diversos seres ficticios, habitualmente invisibles, cuya activa y continua intervención se convierte desde ahora en la fuente directa de todos los fenómenos exteriores e incluso, más tarde, de los fenómenos humanos” (p.8).

En segundo lugar, Comte (1984) afirma que, el estado Metafísico o abstracto, constituido por aquel estado intermedio entre el teleológico y el positivista, que, aproximándose más al primero que al último, se caracteriza porque intenta “explicar la íntima naturaleza de los seres y fenómenos; pero en lugar de emplear los agentes sobrenaturales propiamente dichos, los reemplaza, cada vez más, por aquellas entidades o abstracciones personificadas, con parte especulativa muy exagerada, a causa de aquella tendencia a argumentar en vez de observar” (pp.10-11).

Y, por último, Comte (1984) apunta que, el estado positivo o real, en el cual la inteligencia llega al estado definitivo de positividad racional, en la que se renuncia a las explicaciones arbitrarias y vagas propias de la filosofía inicial y se dirige a la observación, como base exclusiva del conocimiento, el cual tendrá que ser adaptado a las necesidades reales

(pp.8-11).

Así, “El objeto directo del método positivista en el derecho pasa a ser el derecho positivo, el que es tomado acríticamente como una realidad dada, liberado de juicios de valor que, en el caso específico del derecho penal alemán, se concretaba en el Código Penal de 1871” (Mir Puig, 1976, p. 210).

Como colige Hormazábal (1991) con el positivismo, el objeto de estudio del derecho pasó a ser la norma, cuyos alcances debían ser determinados a través del método dogmático. “si en FEUERBACH, la portadora de la razón era la ley natural, si en los de HEGEL era la historia, en los de los positivistas pasa a ser continente y contenido de la razón exclusivamente la norma; siendo la culminación del racionalismo su reducción a la estricta juridicidad” (Hormazábal, 1991, p.43).

Es desde esta corriente positivista que, en el derecho penal, se dio una “irrupción del pensamiento naturalista, que exigió una objetivación del objeto del delito, de tal manera que ya no pueden ser derechos subjetivos, o el derecho objetivo como expresión de una voluntad general, sino debe salir del mundo de lo espiritual al mundo de lo real” (Hormazábal, 1991, p. 36); protegiéndose, por ende, objetos del mundo exterior, cosas concretas, valores concretos, “bienes jurídicos” fijados discrecionalmente por el legislador, a través de las normas, las cuales, teniendo presente el “dogma hegeliano de la racionalidad incuestionable de la ley”, eran consideradas el principal objeto de estudio del derecho positivista.

Según apunta Zaffaroni (1981), el positivismo ha repercutido en el derecho penal en dos sentidos: como “positivismo fáctico o social” y como “positivismo jurídico”. Así, mientras éste último se focaliza en la metodología, el positivismo fáctico o social se centra en el estudio de los fenómenos antropológicos, biológicos, sociales, etc.; “dividiéndose en una dirección utilitarista (Bentham), y una dirección evolucionista, la que, a su vez, se subdivide en evolucionismo materialista (Lombroso, Ferri y Garofalo, Nicolai), evolucionismo espiritualista (Von Liszt) y el

evolucionismo correccionalista de Dorado Montero” (T.II, pp. 192-193).

Para interés de capítulo, se resalta los aportes de Karl Binding y Franz Von Liszt, quienes, coincidiendo en lo esencial (la admisión del derecho a mandar y de exigir obediencia del Estado a través de las normas), matizaron, sin embargo, en sus direcciones metodológicas.

A) *El iusracionalismo positivista de Binding.*

Como refiere Zaffaroni (1981), “Binding se consideraba a sí mismo un positivista jurídico y afirmaba que su trabajo era un trabajo de ciencia del derecho positivo y a reglón seguido agregaba que en la dependencia de su investigación y de sus resultados de la materia de su consideración, encontraba su orgullo” (T. II, pp. 262-263).

Es así que, “las normas eran para Binding el presupuesto necesario para la ley penal, pero no su parte integrante. En razón de que permanecen con fuerza de autoridad por sí mismas, considerando que todas son preceptos independientes del derecho público, pero no preceptos del derecho penal” (Zaffaroni, 1981, T. II, p. 265).

Entonces, si la norma no está en la ley penal, el tipo nunca crea la norma, sino que es la norma la que se manifiesta en el área penal a través del tipo. Al bien jurídico se conoce por la norma y a la norma por la ley; evidenciándose, de esta manera, el carácter instrumental que Binding otorga al tipo, pues este permite “ver a través de” él la norma y el bien jurídico, pero este “ver a través de” es solo la manifestación de que el tipo es el instrumento que nos posibilita el conocimiento de la norma y, por ende, del bien jurídico, pero estos últimos son ajenos al tipo mismo. Haciendo un parangón, es posible decir que, al igual que los microorganismos que veo por el microscopio no son el microscopio, la norma y el bien jurídico que se manifiesta a través del tipo, no son el tipo mismo. Es así que, “la búsqueda de la norma fuera e independientemente de la lente típica llegó a formular la teoría de las normas a Binding, quien

pretendía hallarla en las otras ramas del derecho, en el orden jurídico, con la totalidad de las disposiciones funcionando como sistema” (Zaffaroni, 1981, T. III, pp. 226; 228).

Como concluye Mir (1976), “la norma como dato real estrictamente sujeto al mundo de lo jurídico y de lo racional, con exclusión, por lo tanto, absoluta de lo natural y de lo sobrenatural, es lo que sirve de base a Binding para la elaboración de un sistema de derecho penal que habrá de servir de sustentación al pensamiento dogmático” (p. 209).

Ahora bien, como analiza Hormazabal (1991), desde esta base metodológica, Binding define el delito como “una contravención de la norma, cuya principal tarea es fundamentar deberes de actuar o de omitir; y también de una lesión de un derecho subjetivo, debiéndose entender como tal, no al que se refería Feuerbach, sino el que de acuerdo a la teoría política le asiste al Estado de mandar y exigir obediencia” (p. 40).

Así, para Binding el bien jurídico es la condición de una vida en comunidad, valorada positivamente por el legislador, motivo por el cual decide salvaguardarlo de lesiones o puesta en peligro no deseadas, a través de las normas que, como legislador, expide. Al respecto, es importante subrayar que de dicho concepto fluye que “Binding asume una tesis monista colectivista que postula la prevalencia de los bienes jurídicos de la colectividad” (Castro, 2006, p. 204).

Sobre el concepto del bien jurídico, Binding afirma que los mismos vienen a ser “los objetos cosificados de los derechos subjetivos, como la vida, la salud, el honor. Ahora, la selección de qué cosas constituyen condiciones concretas para la sana vida en común se realiza en un juicio de valor del legislador, quien les otorga las categorías de bienes jurídicos, sin otra limitación que su razón y la lógica” (p.42)

Como puede apreciarse, los alcances de la teoría de las normas y del bien jurídico elaborada desde una base positivista, fue un instrumento

idóneo para otorgar la fuerza estatal que el Estado Prusiano necesitaba para garantizar la unificación alemana; pues, era el Estado, a través de su soberanía y, por ende, a través de su derecho subjetivo de mandar y exigir obediencia, que valoraba positivamente lo que consideraba bueno para una vida sana en común y lo protegía a través de sus normas, las cuales, debido a la racionalidad hegeliana de la ley, eran deducidas del conjunto de disposiciones legales expedidas por el propio Estado.

No obstante, como rescata Amelung, citado por Hormazabal (1991) más allá de los aportes que Binding otorgó a la sustentación de la dogmática penal y, sobre todo, al desarrollo conceptual del bien jurídico, su excesivo normativismo conllevó a que el bien jurídico y la norma, como unidades inseparables, legitimen el poder del Estado, pudiendo llegar a justificar legalmente a la arbitrariedad estatal (pp.46-47).

Sin embargo, dichas críticas no deben deslegitimar, en absoluto, la trascendencia de los aportes de Binding e, incluso, los principios (liberales y humanistas) de su autor; pues, como refiere Schmidt, citado por Zaffaroni (1981), Binding no sólo se opuso, contundentemente, a la instrumentalización del hombre producto del positivismo italiano fáctico y social; sino que, además, esbozó su teoría en la confianza del actuar racional del parlamento, al momento de legislar, sin prevenir la tiranía estatal que se instalarían en años posteriores a su muerte (t. 2, p. 267).

B) “El positivismo penal evolucionista-espiritualista de Von Liszt”.

En el año 1882, Franz Von Liszt publicó “El Programa de Mamburgo”, el cual lleva por título “La idea de Fin en el Derecho Penal”, en el cual desarrolla una definición de la “responsabilidad penal” fundado en la “acción” y en el “bien jurídico”, distanciándose, en cuestiones epistemológicas, de la postura de Binding.

Como advierte Zaffaroni (1981), su pensamiento fue positivista, pero, desde sus bases, se alejó del positivismo italiano, que subordinaba lo

espiritual a lo material; considerando, como premisa mayor para la elaboración de su propuesta teórica, la relación horizontal y dicotómica entre lo espiritual y lo material. Para ello, tomó como base la división de las ciencias en “ciencias del espíritu” y “ciencias de la naturaleza”, cuyo artífice fue Wundt, quien, basándose en la Filosofía de Baruch Spinoza y Schopenhauer, señalaba que el paralelismo existente entre las “ciencias de la naturaleza” y las “ciencias del espíritu” se basaba en el mismo paralelismo en que se encuentra dividida la realidad, en la cual, por un lado, existe la serie causal e infinita de la naturaleza y, por otro lado, existe la serie causal e infinita del espíritu; generando que tanto las cosas, como las ideas, broten causal e infinitamente del hombre (según la tesis de Schopenhauer- pues Spinoza señalaba que emergían de Dios-), específicamente de su voluntariedad individual; “siendo, precisamente, esta voluntariedad a la que se refiere Liszt en la Acción, no la óptica que hubo en el hecho, sino la categorial que nos señalaría la humanidad del hecho, como síntesis de su materialidad de su espiritualidad” (T. II, pp. 239-240).

Es así que, producto de este fundamento filosófico dicotómico de las “ciencias del espíritu” y las “ciencias de la naturaleza”, que Liszt emprendió la tarea de sustentar la “ciencia total del derecho penal”, la cual no se agotaba en lo jurídico-dogmático, sino que era necesario el conocimiento y estudio de los datos fácticos (como las causas del crimen o los efectos de la pena) aportados por las ciencias naturales (como la sociología o la antropología criminal), indagación científica que permitiría la elaboración de la política criminal; “existiendo, en resumen, una “ciencia total del derecho penal” con tres tareas: una pedagógica (dogmática), otra científica (criminológica) y una tercera, político criminal (valorativa)” (Zaffaroni, 1981, T. II, pp. 238).

Como puede apreciarse, es trascendental la utilidad que Von Liszt le dio a la “criminología” (como generador de los conocimientos fácticos necesarios para decidir los alcances de la “política criminal”) a la “dogmática penal” (como límite de la “política criminal”) y a la “política

criminal” misma, como el conjunto de medidas receptoras de los valores necesarios de protección jurídico penal, cuestión que no hace más que confirmar la naturaleza dicotómica de las posturas de este importante jurista.

Ahora bien, es importante la distinción entre la política criminal y la dogmática penal, pues, según Liszt, el bien jurídico se encuentra, precisamente, entre el límite de ambas. En consecuencia, “para Liszt, el bien jurídico no es como para Binding un concepto exclusivamente jurídico, una creación del legislador contenida en la formulación de la norma, sino una obra de la vida y como tal un interés de la sociedad o de la persona a la que el derecho le da la categoría de bien jurídico” (Liszt, citado por Hormazábal, 1991, p.48).

En pocas palabras, como señala Hormazábal (1991), para Liszt el bien jurídico viene a definirse como “un interés jurídicamente protegido”, esto es, las condiciones de la persona-personales- así como de la comunidad-colectivas-, protegidas por el ordenamiento jurídico; mientras que “el injusto no solo será una acción imputable, sino también ilícita; siendo formalmente ilícita cuando se reduce a una transgresión de una norma estatal y materialmente ilícita cuando exista una lesión o amenaza a un bien jurídico, esto es a un interés vital protegido por la norma” (p.49-50).

Ahora bien, sincretizando la dimensión social con la dimensión normativa, a las dimensiones criminológicas y política criminal con la dimensión dogmática, Von Liszt señala que “el bien se encuentra originalmente dentro de la realidad social y está sujeto a la contingencia de su revisión crítica, de su desaparición, de su mantenimiento o de su modificación que dependerá de la mayor o menor fluidez de los canales de comunicación entre la sociedad civil y política” (Von Liszt, citado por Hormazábal, 1991, p.51).

Sin soslayar su premisa mayor, Von Liszt señaló que, al pertenecer el

bien jurídico al plano espiritual, este no estaba sometido al proceso causal y, por lo tanto, a los cambios en el mundo exterior, que producían los hechos punibles. Para ello, Liszt hizo que el “bien jurídico” se cosifique en el “objeto de acción” que, como una cuestión material (persona o cosa), sufría un cambio o resultado manifiesto y aprehensible por los sentidos cada vez que recibía la acción punible, a diferencia del bien jurídico que permanece inalterable (p.53).

Como se ha podido apreciar, mientras que Binding construyó un positivismo exclusivamente normativista, focalizado en el estudio acríptico del derecho positivo considerado racional *per se*; Von Liszt esbozó un positivismo influenciado por “las ciencias naturales”, promulgando un estudio dicotómico de las “ciencias naturales” y “las ciencias del espíritu” en torno a una “gran ciencia del derecho penal” en donde el estudio dogmático del derecho debía realizarse en base a los datos empíricos extraídos de la criminología y en base a los valores protegidos por la política criminal.

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico, si bien Von Liszt le otorga un origen distinto que Binding (social, mientras que el segundo normativo), ambos coinciden en que lo trascendental y definitivo para otorgar a la “condición concreta para una vida sana en común” de Binding o al “interés vital” de Liszt la categoría de bien jurídico no será otra que la decisión política y soberana del legislador; sirviendo, por lo tanto, ambos planteamientos para el fortalecimiento del Estado positivista alemán burgués que buscaba, a como dé lugar, su total unificación.

3.2.2.5. La Reacción Antipositivista: El movimiento Neokantiano.

La unificación del II Imperio Germánico tuvo como contrapartida el debilitamiento del imperio austriaco, cuya vulnerabilidad fue aprovechado por diversas poblaciones de nacionalidades alógenas que vivían en su territorio. Es así que, los primeros en tomar ventaja fueron los húngaros, quienes, con su presión política y social, lograron la

conformación de un nuevo gobierno bipartito a cargo del ahora Imperio de Austria Hungría; no obstante, ello no impidió que las restantes poblaciones alógenas, como bosnios, serbios, rumanos, croatas e italianos, mantuvieran vigente sus expectativas por lograr su independencia.

Por otro lado, Alemania, a caballo sobre la revolución industrial, continuó con su desarrollo económico, a tal grado de llegar a convertirse en la primera potencia económica e industrial de Europa; involucrándose, de esta manera, en una constante competencia con el resto de naciones europeas por la hegemonía del poder económico y político; competencia que no era más que la consecuencia innata del modelo capitalista adoptado.

Como apunta Renouvin (1994), esta rivalidad de los interés económicos y financieros, además de las vigorosas manifestaciones del sentimiento nacional, bajo la forma de los movimientos protestatarios de las minorías nacionales, o bien de los nacionalismos expansionistas de los grandes Estados; generaron que, entre 1904 y 1914, la paz europea haya estado vacilando constantemente, encontrándose en cuatro oportunidades al borde de una gran guerra (p. 3).

Así, a decir de Renouvin (1994), esta precaria situación de las relaciones internacionales europeas, generada por las corrientes del sentimiento nacional y los intereses económicos nacionales, desembocó, finalmente, en la primera guerra mundial, que tuvo como pretexto desencadenante el asesinato, en Sarajevo, del Archiduque austriaco Fernando, por un fanático bosnio, cuya arma habría sido proveída en Serbia; lo que generó que el Imperio Austrohúngaro extienda un ultimátum a Serbia para que permita la investigación del crimen, en su territorio, por agentes austriacos, pedido que al ser rechazado generó que Austria- Hungría declare la guerra a Serbia, Rusia (aliada de Serbia) se movilice militarmente contra Austria-Hungría, Alemania (aliada de Austria-Hungría) declare la guerra a Rusia, Francia (aliada de Rusia) declare la guerra a Alemania, quien, invadiendo Bélgica para atacar a

Francia, transgredió la neutralidad de este último país y generó que Inglaterra declare la guerra a Alemania; iniciándose, de esta manera, la Gran Guerra; la cual, con las posteriores intervenciones de las colonias africanas de las potencias beligerantes, del Imperio Otomano, Bulgaria, Italia, Japón, Estados Unidos, entre otros Estados, alcanzó una dimensión global (p. 4).

Después de cuatro años de cruenta guerra, la primera Guerra mundial termina dejando a una Europa jadeante con 8, 500 000 pérdidas humanas, con estados castigados económicamente (en su infraestructura, industria, producción, materias primas, mano de obra) y con una transformación de su mapa político, que significó la desaparición de los imperios Otomano y Austrohúngaro y la pérdida de una gran parte de su territorio por parte de Rusia y Alemania, cediendo esta última los territorios de Alsacia y Lorena a Francia, sus provincias prusianas de población polaca a la nueva Polonia y Slesvig del Norte a Dinamarca (p. 51).

En efecto, uno de los Estados más perjudicados fue Alemania, la cual, además de las 1. 800. 000 pérdidas humanas, fue sometida a una inmensa deuda de guerra de más de cincuenta años y a la cesión de los territorios señalados supra, mediante la suscripción del “Tratado de Versalles”; generándose, de esta manera, un caldo de cultivo para el posterior revanchismo alemán (pp. 51-52).

Como apunta Hormazábal (1991), todas estas consecuencias devastadoras fueron achacadas al libre mercado de la sociedad alemana capitalista de entonces, que no sólo desapareció los derechos sociales del hombre, sino que generó, también, una necesidad expansionista de los Estados por la búsqueda de recursos necesarios para alimentar la industria y, sobre todo, para lograr la hegemonía política y económica necesaria para sobrevivir en un contexto de competencia e inseguridad internacional. De esta manera, el pensamiento iluminista, traducido en el liberalismo que rechazaba toda intervención del Estado, sería reemplazado por un modelo que legitimaba la intervención estatal en las

relaciones sociales, no sólo para mantener las condiciones, sino también de manera activa (p. 59).

A decir de Rastrepo (2018), con el fin de recuperar los derechos sociales del hombre y lograr un mayor protagonismo del Estado en el mercado, se abandonó la política liberal decimonónica, dominada por el *laissez faire, laissez passer*, que había conducido a la Alemania de Bismark a la “Europa occidental”; siendo reemplazada por el “modelo de Estado de bienestar”, perfilado en la “Constitución de Weimar” de 1919, la cual no sólo reconoció los derechos de los trabajadores, sino que, además, reguló una vinculación directa del Estado en la regulación y control de aspectos económicos, políticos y sociales del país (pp. 94;101).

Asimismo, como refiere Álvarez (2001), dicha constitución significó un cambio en el aspecto orgánico gubernamental del Estado, llegando a soslayar el principio monárquico que, hasta ese entonces, relegaba la figura del canciller al servicio entero del Kaiser y lo subrogó por un Estado confederado presidencialista. No obstante, la construcción de una conciliación entre el clásico ideal romántico del *Reich* y el de la democracia presidencialista actual, así como entre las tendencias unitaristas con aspectos más federalizantes, o entre aspectos presidencialistas con tendencias parlamentaristas o de figuras propias del sistema de *premier*, generó una constitución poliédrica que no acabaría de convencer de todo a los alemanes (pp. 9-10).

Del mismo modo, en el plano filosófico, se cuestionó el positivismo que llevó sobre su espalda al capitalismo liberal del II Imperio Alemán; surgiendo, como reacción al “pensamiento positivista”, la corriente filosófica del neokantismo; cuyo sustento relativista, aunque útil en el avance filosófico y, sobre todo epistemológico de las ciencias, significó, en el plano político, la exaltación de los valores culturales y nacionales, que sería caldo de cultivo de ideologías nacionalistas promotoras de un revanchismo alemán, surgido antes de que se seque la tinta con que se firmó el tratado de Versalles.

Así, la filosofía Neokantiana fue un movimiento filosófico de la última mitad del siglo XIX que tenía como fin, en palabras de Gonzales, la restauración filosófica en una época en que se había perdido el hábito de filosofar. Así, lo que pretendía el Neokantismo es cuestionar la dirección empírica del positivismo, que veía en las sensaciones el dato primario a la conciencia y en su asociación bajo la forma de concepto el objeto de toda ciencia; reflexionando sobre aquello que el positivismo tiene como algo si más, es decir el proceso mismo del conocimiento, es decir “conocer el conocimiento” (Gonzales, 1985, p.28).

En ese sentido, sin tratar de reverdecer los viejos laureles, el neokantismo pretendía volver a la filosofía de Kant (específicamente a su método trascendente y valoración) con el fin de interpretarlo y repensarlo en pro de una filosofía nueva, que permita la recuperación del rol protagónico que la ciencia filosófica tenía antaño y que, hasta ese momento, había sido ninguneada por las leyes naturales del positivismo.

El Neokantismo tuvo dos grandes escuelas: “La Escuela de Badén”, también llamada “Escuela Sudoccidental Alemana”, por la ubicación de las “Universidades Friburgo y Heidelberg”; y la “Escuela de Marburgo” que, de igual manera, se denomina también así por la Universidad en que dictaron cátedra sus representantes. Mientras la Escuela de Badén desarrolla un neokantismo axiológico, que dimana en un neokantismo jurídico axiológico y, finalmente, en una concepción de bien jurídico como bien de la cultura; la Escuela de Marburgo desarrolla un neokantismo lógico, que dimana en un neokantismo lógico-jurídico y, finalmente, en una concepción teleológica del bien jurídico, tal como se verá a continuación, empezando, justamente, por esta última escuela.

A) “El neokantismo lógico-jurídico y la función teleológica del bien jurídico”.

El máximo representante de la Escuela de Marburgo es Hermann Cohen, quien “se avocó a la crítica de la razón pura de Kant y, sobre todo, a la consideración de su método trascendente como camino para “llegar al entendimiento de las presuposiciones de la ciencia” (Cohen, citado por Gonzales, 1985, p. 31).

Para ello, como apunta González (1985), Cohen se focalizó en la contradicción que incurría Kant al afirmar, en primer lugar, que la esencia de la filosofía consiste en la reflexión sobre la unidad sintética de los juicios de las ciencias, esto es sobre los presupuestos o *factums* de cada ciencia; no obstante, contradecirse, al tratar la ética, cuando señala que la deducción trascendental objetivo de los conceptos puros es sustituida por el supuesto metafísico de la ley moral en el hombre; siendo esta la contradicción que pretende salvar Cohem al aplicar el método trascendente a todas las ciencias y, por supuesto, a la construcción de la ética (p. 33).

Para llevar a cabo este acometido, Cohem diferencia, en primer lugar, el mundo del deber ser o de la normatividad, donde rigen las leyes objetivas de la libertad (que señalan lo que debe ser, aunque quizás nunca acontezca) y el mundo del ser o de la realidad, donde rigen las leyes de la naturaleza (que solo tratan lo que acontece); mundos que dan lugar a dos clases diferentes de ciencias, las naturales y las del espíritu; sin embargo, a pesar de su diferencia, ambos tipos de ciencia pueden ser sometidos a la misma reflexión metódica, a través del método trascendental, que reduce el *factum* o hecho de las ciencias a sus presupuestos *a priori*. Así, mientras que, en las ciencias naturales, la matemática contenía, más puramente, sus presupuestos; análogamente, en las ciencias del espíritu, el Derecho es la ciencia que contiene, más puramente, sus presupuestos.

Ahora bien, de la misma manera que la lógica es la reflexión

trascendental de la matemática, la ética viene a ser la reflexión trascendental del Derecho; pues, así como la lógica se halla contenida y puede ser extraída de la física; de igual forma, la ética se encuentra contenida y puede ser extraída del Derecho, la cual, como matemática de las ciencias del espíritu, “escribe en conceptos la ley ética, llevándola a unidad en el sistema de estos conceptos” (Cohem, citado Gonzales, 1985, p. 34), lo cual se aprecia al fijarnos en conceptos éticos como la voluntad, la acción, libertad, igualdad, etc., que, lejos de lo metafísico (como hacía Kant con la ley moral del hombre), es aterrizado y revelado, en su pureza, en las categorías normativas del derecho.

Como apunta Gonzáles (1985), Cohen consigue trasladar al mundo de las ciencias del espíritu, considerando al Derecho como su matemática, el método trascendental que Kant había aplicado a las ciencias naturales; señalando, finalmente que la ética, como reflexión del Derecho, tiene que realizarse como filosofía del Derecho, no existiendo diferencia entre una y otra, completando, de esta manera, el parangón con las ciencias naturales, en las cuales denominan a la lógica como filosofía de la naturaleza (p. 34).

Ahora bien, tomando como antecedente esta teoría, pero dando un giro en la aplicación del método trascendental kantiano, ya no al *factum* de la ciencia, sino al objeto de esta, es decir no a la ciencia jurídica, sino al Derecho mismo, Rudolf Stammler dirigió su atención al Derecho, específicamente a la Teoría Pura del Derecho, cuyo objetivo es llegar a un conocimiento incondicionalmente válido, que lejos de contingencias, nos remitan siempre a la noción de lo jurídico. Como refiere Gonzáles (1985), Stammler toma la distinción de forma y fondo, que Kant aplicó a las ciencias naturales, y lo aplica al Derecho, señalando que la materia será lo contingente y variable, mientras que la forma será lo siempre igual e idéntico a sí mismo, que hace que la materia sea jurídica (p. 36).

Es esta forma, perenne y constante, como un *a priori* lógico de nuestro conocimiento, objetivo de la “Filosofía del Derecho”, la cual, por

el carácter trascendente de este concepto, no podrá encontrar a su objeto de estudio mediante la observación del mundo del ser, sino, que ha de buscarlo en la teleología, pues, a decir de Stammler, el derecho es un querer, pero no un querer volitivo, sino un esquema objetivo de relación de medios para la consecución del fin; debiéndose dejar en claro, en palabras de Gonzáles (1985) que no se trata de un querer individual (propio de la moral), sino de un querer de otros hombres (entrelazante), procedente de una instancia superior que lo impone independientemente de la voluntad de los entrelazados (Autárquico) y en que cada proceso de decisión está referido formalmente a un todo (inviolable) (pp. 36-37).

En resumen, Stammler planteó la aplicación del método trascendental de Kant, no a la Ciencia del Derecho sino al Derecho mismo, para encontrar las formas puras que, aplicado a la materia le dé su cualidad jurídica; objetivo filosófico jurídico que no sería alcanzado en el mundo del ser, sino en el ámbito de la Teleología, pues al ser el Derecho un querer entrelazante, autárquico e inviolable, era necesario trascender a los fines que cada norma persigue y desentrañar si estos obedecen, efectivamente a un querer entrelazante, autárquico e inviolable o, en otras palabras, desentrañar si estos cuentan con la forma pura que les da el valor jurídico.

Es esta filosofía teleológica, basada en la aplicación del método trascendente de Kant, que equipara el valor al fin, la que influye, de manera rotunda, en la función teleológica que Richard Honig le otorga al bien jurídico, erigiéndolo como un criterio de interpretación a partir de su fin de protección. En efecto, en su obra “El consentimiento del Ofendido (1919), Richard Honig define al “bien jurídico” como “una fórmula sintética” en la que “el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las prescripciones penales” y “como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales” (Honig, citado por Hormazábal, 1991, pp.63-34).

Como se puede apreciar, de la misma manera que Stammler proponía la búsqueda teleológica del fin de la norma para encontrar su valor

jurídico, también Honig define al bien jurídico como una síntesis categorial útil al pensamiento jurídico, para que éste encuentre el fin de las prescripciones penales; evidenciándose, de esta manera, el engarce entre la concepción teleológica del bien jurídico de Honig y el neokantismo lógico jurídico de Stammbler.

Sin embargo, como apunta Sina, a pesar de su base filosófica, dicha concepción significó la espiritualización del “bien jurídico”, pues “acentuando su naturaleza categorial le quita todo contenido real y concreto, ya que los objetos de protección son solo producto de un pensamiento jurídico específico, quedando aptos para ser continente de cualquier cosa que el Estado quisiera colocar bajo protección penal (Sina, citado por Hormazábal, 1999, p. 64).

En efecto, cuando Sina critica el peligro de que el “bien jurídico” sea “apto para ser continente de cualquier cosa que el Estado quisiera colocar bajo protección penal”, en sentido mediato se está refiriendo a las categorías “entrelazante”, “autárquico” e “inviolable” que Stammbler otorgó al derecho y que fueron asimiladas por Honig para otorgar al bien jurídico el valor de indicar los fines inviolables que autárquicamente sean dados a los ciudadanos.

Ahora, fueron precisamente estos criterios los que, a decir de Hormazábal (1991), generaron que el bien jurídico “llegue a ser sólo una expresión de la *ratio legis*” y, con esta desmaterialización de su contenido, se allane el camino para que “el Derecho penal autoritario del nacional socialismo fundamente ideológicamente el desarrollo de una política penal al servicio exclusivo e ilimitado de los intereses del Estado nacional socialista” (p. 64).

B) *El neokantismo jurídico axiológico y el bien jurídico como bien de la cultura.*

Uno de los más notorios representantes del neokantismo axiológico es Heinrich Rickert, quien postuló un dualismo metodológico para las ciencias naturales y para las ciencias culturales, tomando a la “referencia a valores” como principio distintivo de las ciencias culturales históricas frente a las ciencias naturales. Para ello, Rickert dividió lo momotético de lo ideográfico, señalando que “las ciencias naturales se basan en criterios universalizadores; es decir en leyes, que son aplicables a una misma categoría de objetos ónticos. Por su parte, las disciplinas sociales e históricas son ideográficas en tanto ellas captan lo individual, lo biográfico e irrepetible en el acontecer humano” (Salas, 2005, p. 53).

Así, las diferencias entre el método de las “ciencias naturales” y el de las “ciencias culturales” son desarrollados por Rickert en su obra “Ciencia Cultural y Ciencia Natural”, en la cual señala que, mientras que, por un lado, las ciencias naturales se ocupan de la realidad física, utilizando un método empírico que busca obtener una validez generalizadora; por otro lado, las ciencias culturales se ocupan de la realidad humana e histórica, utilizando el método histórico de naturaleza singular e individualizadora; de tal manera que “la realidad se hace naturaleza cuando se la considera con referencia a lo universal, mientras que se hace historia cuando se la considera con referencia a lo individual; dejando en claro que las ciencias culturales trabajan sobre bases valorativas, mientras que la ciencia natural, que trabaja sobre conceptos universales” (Rickert, citado por Salas, 2005, p. 53).

En efecto, a decir de Laleff (2017), Rickert manifestaba que, el concepto de cultura es el que hace posible la ciencia histórica, pues son los valores residentes en la cultura lo que constituye la individualidad histórica, cuestión que no se repite en las ciencias naturales, las cuales, por su ajenidad al hacer humano, no pueden ser sustentados en cultura y, por ende, en valores que la singularicen. Ahora bien, para sustentar lo

dicho, Ricket otorga significación originaria a la cultura y a la naturaleza, señalando que lo natural es lo que brota espontáneamente de la tierra, oponiéndose a ello lo cultivado, es decir aquello que la tierra da cuando el hombre ha trabajado, actuando según fines valorados (p.53).

Como se puede apreciar, a diferencia de las ciencias naturales (que no se refieren a valor alguno), las ciencias históricas se sustentan en lo cultivado por el hombre y, por lo tanto, en las valoraciones que guiaron su cultivo; siendo la referencia a estos valores lo que otorga la individualidad al método de la ciencia histórica.

Así, para completar el sentido de su teoría, Ricket distingue “valor”, “valoración” y “referencia a valores”, señalando que los “valores” no existen, sino solo “valen” cuando se los liga con las acciones de los sujetos reales (transformándose en valoraciones) o con los objetos reales (transformándose en bienes); encontrándose, de esta manera, en íntima conexión con la realidad. Ahora bien, como apunta Laleff (2017), la ciencia histórica toma a estos valores siempre que hayan sido ligados a los objetos (bienes) o a los sujetos (valoraciones); pero sin emitir un juicio sobre la validez de aquellos bienes o valoraciones, sino sólo referirse a ellos teóricamente, concretizando así la “referencia a los valores”, a través de los cuales el investigador puede distinguir los procesos culturales de los naturales y dar cuenta de su significatividad, residente en aquello que tiene de singular (p. 54).

Es esta teoría filosófica neokantiana la que sustenta los postulados del neokantismo jurídico axiológico, pues, en primer lugar, la bipartición de los saberes y de los métodos de Ricket se manifiesta en Lask y en la “teoría crítica axiológica del Derecho”, la cual señalaba que existe dos dimensiones de una misma realidad jurídica: uno, a través de la consideración del valor jurídico, a cargo de la filosofía del Derecho; y, dos, a través de la consideración de la realidad jurídica, a cargo de la ciencia empírica.

Ahora bien, una vez entendida la filosofía del derecho como reflexión

del valor jurídico, el objetivo de la misma está en la determinación teórica del valor jurídico. Para ello, Lask se remite a la idea Kantiana de que el derecho es la regulación externa de la conducta humana con el fin de conseguir un orden valioso por su contenido.

Ahora, para determinar teóricamente el valor jurídico, Lask acude a la idea kantiana de que “el Derecho tiene como fin regular la conducta humana con el fin de conseguir un orden valioso”, preguntándose: ¿En cuál de los dos supuestos que fluyen de esta afirmación kantiana puede fundarse el valor jurídico: en el hombre y su actividad (concepción individualista del Derecho) o en la comunidad y su orden (concepción universalista del derecho)? No obstante, la falta de respuesta a esta interrogante genera el relativismo axiológico, que señala que no hay conocimiento científico de los valores, sino una preferencia o decisión subjetiva; careciéndose, por ende, de una respuesta definitiva (Lask, citado por Gonzáles, 1986, pp. 259-260).

En ese sentido, Gonzáles (1986) explica que, el relativismo postulado por Lask fue después desarrollado por Gustav Radbruch, quien, asimilando, también, las ideas de Rickert, pretendió dar la respuesta definitiva a la interrogante de Lask. Para ello, comenzó haciendo una distinción entre realidad y valor en base a cuatro actitudes diferentes del hombre: “una actitud ciega para los valores, propia del que contempla la naturaleza; una actitud axiológica, esto es la actitud filosófica (ética, lógica); una actitud que refiere a la realidad de los valores, que se haya en el origen de toda cultura (Derecho); y, por último, la actitud superadora de los valores, propia de la religión” (p. 263).

Ahora bien, la idea del “Derecho” como parte del “reino intermedio entre el polvo y las estrellas”, que se llama “cultura”, se refleja en dos postulados: el dualismo metódico y el relativismo. El dualismo metódico postula la división de todo nuestro conocimiento en los mundos del ser y del deber ser que, no obstante su división disyuntiva, en el derecho puede

verse reflejado uno en el otro, de tal manera que el ideal jurídico no solo determina el sustrato que regula, sino que también se ve determinado por el sustrato que trata de dominar; influencia recíproca que, plasmada en un mundo de motivaciones sociológicas y personales, sobre las que se centra el relativismo, determinará después la consideración valorativa del Derecho entre las dos categorías señaladas por Lask (Individualismo y supraindividualismo) más una categoría adicional, propuesta por Radbruch (traspersonalismo cultural)

Profundizando en las características de estas tres categorías, Gonzáles (1986) refiere que, “en el individualismo el valor supremo es el de la personalidad, a cuyo servicio se hallan tanto la colectividad como todos los demás valores; para el supraindividualismo el valor supremo es la comunidad humana; mientras que, el transpersonalismo tiene a la cultura, a la obra del hombre, como lo absoluto y decisivo” (p. 265); siendo cada una de estas categorías consecuencias de una determinada concepción del mundo, la cual no puede ser sometida a refutación científica, por ser válida de acuerdo a su propia peculiaridad.

Después de exponer las características de las tres concepciones, que puedan sustentar el fin del Derecho y constituir, por lo tanto, el sustento del valor jurídico, Radbruch, citado por Gonzáles (1986) concluye en que la supremacía de una de estas concepciones sobre las demás variará según “la realidad social de los pueblos y de las épocas”, así como de los juicios que realice la mayoría de individuos. No obstante, para no detenerse en el mismo relativismo en que incurrió Lask, Radbruch señala que, “más allá de todas las épocas y pueblos, el valor absoluto que constituye la idea del Derecho es la seguridad jurídica, pues, el Derecho es *per se* una norma cierta y segura de la conducta humana, debiendo hacer de esa certeza y seguridad un valor superior” (pp. 265- 266).

Ahora bien, basándose en la teoría de los bienes sociales y valoraciones de Ricket, así como en el relativismo cultural de Lask y Radbruch, Erick Wolk señala que “la ciencia penal” es una “ciencia de la

cultura”, con el objetivo de proteger los bienes culturales sociales que, como señala Ricket, son tales por encontrarse ligados a un valor; señalando que cuando estos bienes sociales reciben protección desde el derecho penal se convierten en bienes jurídicos. En otras palabras, “el bien jurídico es todo bien de la cultura que, provisto de protección jurídica, esté reconocido en este sentido por la idea estatal superior” (Hormazábal, 1991, p.65).

Por otro lado, Wolf señaló que “las lesiones de los bienes jurídicos no suceden en el acontecer de la realidad sin sentido de la naturaleza, sino de la realidad plena de sentido de la cultura; lesión que no debe ser comprendida como un cambio del mundo empírico, sino como un resultado exclusivamente jurídico” (p. 66).

De lo expuesto se puede apreciar que, tanto los planteamientos neokantianos de Honig como de Wolf, desmaterializaron al contenido del Bien Jurídico y, por lo tanto, del injusto penal, al considerarlo como un criterio interpretativo de *ratio legis* o como parte de una realidad cultural, *per se* gaseosa y abstracta. Así, como apunta Hormazábal (1991) “al reducir el delito a una lesión formal de una norma objetiva, convirtieron al principio garantista de exclusiva protección de bienes jurídicos en un mero enunciado, sin eficacia alguna para impedir al Estado nacional socialista la instrumentalización política del Derecho Penal” (pp. 67-68).

3.2.2.6. La Negación del Bien Jurídico y el Estado Nacional Socialista.

Si bien la política de Weimar significó la innovación constitucional del Estado de bienestar; no obstante, como advierte Mandel (2015), la debilidad y volatilidad del partido social demócrata, que encabezaba estas reformas, impidieron que las mismas se traduzcan en una mejora social de la población, la cual se encontraba devastada en lo económico y lo moral, debido al cercenamiento de su territorio, las deudas económicas a los países vencederos de la primera guerra mundial y, en general, por la humillación nacional que significó el tratado de Versalles (pp. 33 y ss.).

Dicho estado depresivo se convertía en ira y frustración cuando jefes del ejército, como Oswald Spengler, no entendían por qué la clase política se rindió cuando el ejército estaba a cincuenta kilómetros de París, frustración que fue compartida por un ex combatiente de la primera guerra mundial, el cabo Adolf Hitler, quien, paulatinamente, de menos a más, se introdujo en la vida política alemana. Así, la humillación y frustración que se encontraba en el corazón de Alemania hizo fácil el surgimiento de una política autoritaria como la de Hitler.

Sin embargo, el descontento y ánimo de revanchismo alemán no fue lo único que permitió el ascenso de Hitler, sino detrás de éste existían poderosos afanes capitalistas que requerían de una mano dura para contener la corriente comunista de la Unión Soviética, la cual, a sus pareceres, ya había tenido cierta influencia en la constitución social de Weimar. Dicho apoyo, a quien pronto sería el canciller de Alemania y después su *Führer* (líder o guía), provino, incluso, de los industriales norteamericanos, del Vaticano, de la Unión Soviética y del primer ministro inglés, Churchill; por lo que Hitler no fue un fenómeno aislado, sino que, a decir de Feinmann (2013), surgió desde la historia, con razones históricas poderosas (temp.2-ep.1).

Como señala Zaffaroni (1981), la fragilidad de la clase política de la república de Weimar, el revanchismo alemán y el apoyo de la derecha alemana, generó que el nacionalsocialismo, con Adolf Hitler como líder, tomen el poder del país e intensifiquen, en el ámbito económico, una carrera industrial, propia de un capitalismo avanzado y entablen, en el ámbito político, un Estado autoritaria basado en la “comunidad del pueblo alemán”, la “sangre aria” y el “espacio vital alemán”, los cuales debían ser defendidos de la invasión territorial, económica y política extranjera (T.II, p.381).

En dicha línea, mientras que la política capitalista repotenciaba la industria alemana (sobre todo la militar), en el ámbito político, cada uno de los valores irracionales que sustentaron el Estado nacionalsocialista

justificaron las decisiones posteriores de la cúpula nazi: la defensa del “Estado vital” alemán justificó la invasión de Polonia y la consecuente segunda guerra mundial; la defensa de la “comunidad del pueblo” — pero, como advierte Hormazábal (1991), “no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y el suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras” (p.69) — justificó el poder absoluto del *Führer*, como conductor, manifestación viva y máximo intérprete jurídico de tal comunidad; y la protección de la “raza aria” justificó las políticas racistas que condujeron a la segregación y eliminación de las demás razas consideradas inferiores.

Ahora bien, el nacionalsocialismo no sólo tomó ventaja de la situación social, política y económica que se vivía en Alemania, sino, también, de los postulados acordes a su doctrina que filósofos y teóricos del Derecho esbozaron en ese entonces aprovechando la priorización axiológica que el neokantismo había dejado. Así uno de los pensamientos, que sustentaron las políticas alemanas de esta época, fue el de Carl Schmitt, quien con sus obras “Estado, movimiento y pueblo” (1933) y “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica” (1934) viró sus propios lineamientos teóricos esbozados en su obra “Teología Política” (1922) con el fin de construir una teoría de la política y del derecho afín al régimen nacionalsocialista.

En efecto, como sustenta Aguirre (2014), el pensamiento de Schmitt proveniente de su obra “Teología Política” sufrió una irrupción con su pensamiento esbozado cuando éste fue colaborador del nacionalsocialismo, a tal grado de afirmar la existencia de dos Schmitt: El Schmitt de la Teología Política y el Schmitt colaboracionista de “sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica” y “Estado, movimiento y pueblo”. Es así que, mientras el primer Schmitt señala que existen sólo dos modos de pensar la ciencia jurídica (el normativo y el decisionista) el Schmitt colaboracionista agrega uno más, el institucional o de orden concreto. De la misma manera, mientras el primer Schmitt sustenta una

concepción binaria de la unidad política (Estado y pueblo) el Schmitt colaboracionista sustenta una concepción Trina (Estado, pueblo y movimiento) (p. 67).

Este viraje teórico fue muy importante, pues alteró los modos de pensar jurídico (normativo y decisionista) para priorizar el “orden germánico” como criterio basilar de la hermenéutica jurídica. Para desarrollar esta afirmación, es importante mencionar que, antes de la innovación del Schmitt colaboracionista sólo existían dos métodos de pensar: “el normativo” y “el decisionismo”.

No obstante, como advierte Aguirre (2014), después del viraje teórico, el nuevo elemento, esto es el orden concreto limitó los otros planteamientos jurídicos absolutistas; señalando, en primer lugar, que este “orden concreto” no dimana de la norma, sino que es la norma el que dimana del “orden concreto” y, en segundo lugar, que la decisión ya no es *ex nihilo*, sino que, ahora, proviene del “orden concreto”, dejando en claro que este “orden concreto” no es otro que la “comunidad” (*Gemeinschaft*) — distinto a la sociedad (*Gessellschaft*) —, para cuyo concepto se remite y reivindica a la histórica comunidad medieval y germánica (pp. 68-69).

Como se puede apreciar, tanto la norma como la decisión soberana han sido relegadas en favor del valor “comunidad”, generando una plataforma teórica útil para que, en base a dicho criterio abstracto, considerado el basilar del pensar jurídico, la cúpula nacionalsocialista hiciera del *Führer* el único intérprete auténtico de lo que ese orden concreto o “comunidad” significa y, por ende, sea la única y suprema fuente del Derecho.

Por otro lado, a decir de Aguirre (2014), el segundo cambio que Schmitt realizó (de la estructura bipartita a tripartita de la unidad política) generó que el partido nacionalsocialista sea el elemento dinámico, condicionante y supremo de toda la estructura política; pues, a partir de

esta modificación, los elementos Estado-pueblo cuya relación definía la unidad política, se convirtieron en simples órganos estáticos de administración (el primero como administrador de las relaciones sociales en todo el país y el segundo como auto-administrador en sus propias localidades) que eran relacionados por “el movimiento”, el cual, gracias a su dinamismo, liderazgo y jerarquía, permitía el sostenimiento y conducción de estos dos estamentos; cometido que sólo era posible si el movimiento estaba encabezado por un líder presente y de la misma especie que el pueblo (p.70).

Como se puede apreciar, la discontinuidad en el pensamiento de Carl Schmitt, sobre las “formas de pensar jurídico” y la “teoría de la unidad política”, significó una base filosófica, teórica y jurídica para la política vertida por el entonces denominado *Tercer Reich*; pues, tanto la consideración del orden concreto como modo preponderante de “pensar la ciencia jurídica”, así como la introducción del “movimiento” como elemento basilar de la unidad política, significaron el encumbramiento de la “comunidad alemana” como principio absoluto del derecho y el empoderamiento del partido nacionalsocialista como sostenedor y conductor del Estado y del pueblo alemán.

Otro de los filósofos que sufrió una irrupción en su pensamiento fue Martin Heidegger, de cuya obra se puede diferenciar claramente dos líneas teóricas: la del Heidegger de su obra cumbre “Ser y Tiempo”, que sustenta al hombre como el *dasein* que se pregunta sobre el ser; y el segundo Heidegger nacionalsocialista que desarrolla al hombre como aquel que se ha olvidado del ser para consagrarse al dominio de los entes (de las cosas).

Como relata Feinmann (2013), en un primer orden, con su libro “Ser y Tiempo”, Martin Heidegger “rompe con las filosofías basadas en una teoría del conocimiento” (gnoseológicas); plasmando una teoría existencialista de que el hombre es el *Dasein* (*ser ahí*), es decir el hombre que está ahí, arrojado, eyectado, escupitado al mundo; de tal manera que ya no hay sujeto y objeto, como en las filosofías idealistas, pues el *dasein* no es el sujeto kantiano constituyente ni mucho menos el sujeto cartesiano

contemplativo, sino es el “hombre existencial”, que se angustia, que muere, que es devorado por el mundo y por el cual viene al mundo la pregunta por el ser, dándole, de esta manera Heidegger, un lugar privilegiado al hombre, pues es el “*dasein*” el que establece las relaciones en el mundo, el que le da tragicidad a la naturaleza y sentido a todo lo que existe (temp.2-ep.5).

A este Heidegger le sigue el Heidegger que fue designado rector de la universidad de Friburgo, apoyado por las camisas pardas nazis, el cual señalaba que el hombre había olvidado al ser y se había avocado a la conquista de los entes (cosas) y de la técnica (industria); existiendo una “cosificación de la existencia”, en la cual el hombre se pierde y transforma en una cosa más. Es así que, en su obra final “Carta sobre el Humanismo” critica la obra de Jean Paul Sartre; señalando que “el lenguaje es la morada del ser y el hombre es su pastor” (del ser); dejando de lado el humanismo pues convierte al hombre en un simple pastor del ser (Feinmann, 2013, temp.2-ep.5).

Como refiere Feinmann (2013), fue en esta segunda etapa en que Martin Heidegger sostuvo que Alemania es la última posibilidad del occidente, pues era una nación que se encontraba atenazada por las otras corrientes políticas imperantes; siendo esta posición central la que le daba a Alemania la misión de proteger el espíritu de occidente, para lo cual era estrictamente necesario la conquista del espacio vital alemán (temp.2-ep.5).

Como fluye de lo señalado por Feinmann (2013), “el Ser y Tiempo es un texto humanista, en el cual el hombre ocupa la centralidad, en tanto es el único ente que se pregunta por el ser, que tiene la valentía de hacerlo; luego del “ser y tiempo” el hombre pasa a ser culpable de haber olvidado al ser” (temp.2- ep.5).

Por último, el filósofo Fichte, citado por GurwIttsch (2010) señalaba que la razón última de la superioridad de los alemanes está en el hecho de

que han vivido siempre en su patria, mientras que las naciones occidentales son descendientes de las tribus germánicas que emigraron, lo cual las hace inferiores, más aún si éstas dejaron de lado la lengua alemana (pura y viva) y acogieron una lengua muerta como es el latín; cuestión que generó que en ellos la imposibilidad de transmitirse asuntos espirituales, ya que estos, por ser suprasensoriales, sólo se producen por metáforas de lenguas vivas (que comprenden la totalidad del mundo), mas nunca por lenguas muertas y, por ende, limitadas (pp. 371-372).

Como dice Zafarroni (1981), todas estas ideas filosóficas políticas y jurídicas generaron que en el ámbito penal se considere al “derecho penal liberal” como inaplicable, debido a que se componía de una serie de abstracciones a la cual debía oponerse “la costumbre” pues “el modo de ser de un pueblo, decía Göring, determinado por la estirpe y por el suelo, se expresa consciente o inconscientemente en la tradición y costumbre, siendo tarea de la ley la de elevar tal forma viva en las costumbres a forma ciudadana”; siendo el máximo intérprete de la comunidad orgánica y de la costumbre que de ella dimanaba el conductor o *Führer* (T. II p. 381).

Así, los encargados de engarzar todos estos pensamientos en el “Derecho Penal” fue la “Escuela de Kiel”, quienes ejerciendo la dirección dogmática durante el Tercer Reich, promovieron un derecho penal autoritario que tenía como principal fin la defensa de la “comunidad alemana”, considerada “fuente de toda concepción jurídica, incluido del derecho penal, de tal manera que, el pueblo era un todo espiritual, una realidad concreta espacial del espíritu objetivo que había que salvaguardar con el derecho penal” (Jimenez, 2009, pp. 466-467).

En base a dicha línea, el nacionalsocialismo no realizó una reforma penal íntegra, como sí lo hizo el fascismo italiano con el Código Rocco; no obstante, sí emitió una serie de reformas del Código Penal alemán de 1871 que insertaron los altos valores del nacionalsocialismo como la comunidad alemana, la raza, el espacio vital y el espíritu del pueblo a tal punto de no sólo fijarlos como objetos de protección, sino de utilizarlos

como principios interpretativos de toda la normativa penal.

Como apunta Hormazaba (1991), en este contexto el delito ya no podría plantearse como una afectación a un interés, sino a la lealtad que se le debe al pueblo germano; llegándose a criticar al “bien jurídico” por tener un contenido limitador y por ende liberal, a tal grado de llegar a ser desacreditado y expulsado lisa y llanamente del derecho penal nacionalsocialista (pp. 69-71).

Siguiendo a Zaffaroni (1981), salvo algunas características propias (como la primacía del pueblo o comunidad alemán antes que el propio Estado), las demás políticas penales autoritarias de dicha época (como la fascista y la soviética) “coincidían en la protección del Estado como fin del derecho penal, la disolución del principio de legalidad (mediante la aplicación totalitaria de la analogía), la anteposición del derecho penal de autor antes que del acto y, sobre todo, la relegación del bien jurídico y su reemplazo por los altos valores fascistas” (p.374).

3.2.2.7. La Constitución de Bonn y la Apuesta por lusnaturalismo existencialista del Finalismo de Welzel.

Como era de esperarse, la combinación del nacionalismo, revanchismo y expansionismo alemán con las políticas del Estado totalitario nacionalsocialista condujo a Alemania a iniciar y mantener, por cuatro años, el conflicto global más grande de la historia del hombre, la segunda guerra mundial, cuyo devastador legado fue sorprendente, a tal grado de que la violencia global no sólo generó terribles pérdidas humanas, económicas o naturales; sino que significó, sobre todo, un inmenso desprecio por los derechos humanos basilares.

Asimismo, a decir de Mendel (2015) el mapa político de Europa cambió nuevamente, perdiendo Alemania los territorios de Pomerania, Silesia y la mitad de Prusia Oriental (cedidos a Polonia), además de quedar

dividida en cuatro zonas de influencia, controladas por los cuatro aliados vencederos: Estados Unidos, Inglaterra, Francia y la Unión Soviética. Las tres primeras potencias sincretizaron sus zonas en la naciente República Federal Alemana, bajo el modelo capitalista de producción y la Unión Soviética hizo lo propio en su zona con la creación de la República Democrática Alemana, bajo el régimen socialista. Dicha partición fue el mayor reflejo de la división mundial en dos bloques, en torno a las dos potencias más sobresalientes de post guerra: los Estados que se alinearon al modelo socioeconómico de la Unión Soviética y los que se alinearon al modelo capitalista de Estados Unidos de América (p.247).

Ahora, con el fin de no reincidir en los errores de la Constitución de Weimar que llevaron a Alemania a la totalización del poder, los estados federados de la República Federal Alemana, con la anuencia de las potencias aliadas, sancionaron, el 23 de mayo de 1949, la Ley Fundamental o "*Grundgesetz*" (conocida como la Constitución de Bonn), la cual, a decir de Unger (2009) desarrolló un modelo de estado social democrático con énfasis en el estado de derecho, anteponiendo, como objetivo basilar, la protección y garantía de los derechos humanos, para la cual establece la creación del Tribunal Constitucional, como gendarme de los derechos fundamentales reconocidos por dicha ley fundamental (p.302).

En efecto, como apunta Unger (2009), los estados federados de la Alemania occidental buscaban no repetir los errores de la Constitución de Weimar, la cual, además de contener una serie de incoherencias y vicios, que la hacían una constitución poliédrica, nunca tuvo el respaldo de la población. Así, entre otros cambios, la Ley fundamental de 1949 redujo las facultades del presidente a prerrogativas meramente representativas, a diferencia de la Constitución de Weimar que otorgaba amplios poderes ejecutivos al presidente, a tal grado que el artículo 48° de dicha carta magna le confería el poder de subrogar al parlamento en situaciones excepcionales y suspender el ejercicio de derechos fundamentales (p.305).

En dicha línea, Unger (2009) sintetiza que, la Ley Fundamental de Bonn desconoció la ley fundamental de plebiscitos, característica de la república de Weimar, que era utilizado con fines populistas y propagandistas para empoderar simbólicamente a la “comunidad germánica”. Asimismo, en su artículo primero, antepuso el respeto y protección de la dignidad del hombre y de sus derechos fundamentales como obligación de todo poder público, cambiando la estructura de la Ley Fundamental al trasladar el catálogo de derechos y deberes del ciudadano al inicio de la Constitución, a diferencia de la Constitución de Weimar que los regulaba al final de su libro segundo (p.306).

Dicho cambio no sólo fue una cuestión de forma, sino que reflejó el rol primordial que los derechos fundamentales adquirirían en dicha Ley Fundamental, los cuales no sólo tuvieron un efecto axiológico o programático, como en la Constitución de Weimar; sino que fueron regulados como derechos subjetivos del ciudadano cuyo cumplimiento era exigible ante los tribunales de justicia a través de las garantías constitucionales que conocía, en última instancia, el Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional independiente de los demás estamentos estatales; evidenciándose, de esta manera, que el gobierno alemán de occidente, aleccionado por la experiencia sufrida, quisieron dar luz a las tinieblas dejadas por el Estado totalitario pasado, implementando un nuevo modelo político que centralice al hombre como su principal objeto de protección, dándole el protagonismo que hace mucho tiempo había perdido.

Este modelo político antropocéntrico tuvo su par en el plano filosófico, pues si bien el “valorativismo neokantiano” tuvo cierta preponderancia, posteriormente encontró objeciones en las teorías fenomenológicas de Edmund Husserl y en las existencialistas de Martin Heidegger y Jean Paúl Sartre, las mismas que reivindicaron la esencia libertaria del hombre existencialista.

Así, Edmund Husserl criticó la filosofía neokantiana, señalando que

“el conocimiento no se conseguía a través de las categorías formales de la mente humana, sino mediante una intuición *eidética* que consistía en poner entre paréntesis el objeto experimentalmente dado para descubrir en él su esencia objetiva, cuya realidad empírica venía previamente condicionada por la misma estructura ontológica de las cosas”. (Husserl, citado por Maraver, 2001, pp. 174-175).

En efecto, como resalta Feinmann (2013), Edmund Husserl, en su obra “Ideas para una Fenomenología”, sienta las bases del hombre existencial y, soslayando al sujeto idealista que reside en sí mismo establece que la intencionalidad no parte de la interioridad del hombre, de una subjetividad, sino que parte de una relación indisoluble sujeto-mundo, en la cual el sujeto está arrojado, eyectado al mundo; concluyendo que la conciencia es intencional, no porque resida en sí misma, sino porque va constantemente escupitada al mundo (temp.2-ep.1).

Como se ha desarrollado supra, al tratar el contexto filosófico del nacionalsocialismo, el filósofo Heidegger tuvo una irrupción de su pensamiento que permiten afirmar la presencia de dos concepciones (la del Heidegger del “ser y el tiempo” y la del Heidegger colaboracionista); siendo para este apartado trascendental los lineamientos existencialistas que el primer Heidegger esbozó, al desarrollar en su obra “el ser y el tiempo” que el primer modo existencial del ser del *dasein* es ser-en-el-mundo, es decir arrojado al mundo, hacia sus posibilidades (pues antes de realidad el *dasein* es posibilidad).

Como explica Feinmann (2013) “una piedra es y siempre va a ser una piedra; pero un ser humano no es ya que siempre está deseando ser otra cosa, está arrojado hacia un futuro, proyectándose en una posibilidad, de tal manera que sus posibles lo constituyen” (temp.2-ep.2). Así, el hombre no es realidad, sino que está eyectado a miles de posibilidades, pero hay una posibilidad que está en todas esas posibilidades que es el morir. Lo que está inserto en todos los posibles del hombre es la muerte, la nada, la finitud.

Como precisa Feinmann (2013) para negar la muerte, “el *dasein*” se entrega a la existencia inauténtica, esto es al mundo del “*das man*” o “se dice”, el cual representa lo que “se dice que se piense, se hable, se actué”, lo cual es aceptado por el *dasein* inauténtico, pues este comienza a pensar, decir y hacer lo que se dice, sumergiéndose en el mundo de lo anónimo, del “uno”, para ser uno más y no pensar por sí mismo, con el fin de evitar entrar en noción de que en algún momento la muerte será una experiencia suya y que nadie podrá morir por él (temp.2-ep.2).

Por otro lado, a decir de Feinmann (2013), “el fundamento de la existencia auténtica es la confrontación y aceptación de la finitud. Cuando el *dasein* sabe que va a morir y acepta la muerte, otorgando con ello densidad y autenticidad a su existencia (...) y, por ende, elige lo que quiere pensar, decir y hacer” (temp.2-ep.2).

Como apunta Feinmann (2013), desde la misma línea existencialista, en sus obras “la Trascendencia del Ego” y “el Ser y la Nada”, el Filósofo Jean Paúl Sartre parte también de la intencionalidad de la consciencia; señalando que “la consciencia nunca reposa en sí (no es el sujeto kantiano), sino que está siempre intencionando sobre el mundo, está arrojada sobre el mundo; de tal manera que la consciencia es consciencia de sí cuando es consciencia-de-mundo” (temp.2-ep.2)..

Más allá de lo epidérmico, es importante subrayar este fundamento libertario del existencialismo de Heidegger y de Sartre, pues, precisamente, mediante la comprensión de la naturaleza finita, libre y existencial del hombre auténtico (*dasein auténtico* o el *ser para sí*), este empieza a ser comprendido en toda su humanidad, en toda su dignidad, comprensión sin la cual será imposible construir teorías políticas, económicas, sociales e incluso jurídicas que involucren al ser humano. En efecto, como apunta Zaffaroni (1981), “mediante este pensamiento, Heidegger singulariza al hombre y, de este modo, le hace cobrar dignidad, elevándolo por sobre las concepciones biológicas, sin necesidad de llegar

al plano teológico” (T. 2, p. 343).

Es a partir de estas premisas existencialistas que Hanz Welzel elaboró la teoría de las “estructuras lógico objetivas” y, posteriormente, la construcción de la “acción final”, a partir de la cual mediatizó la protección de los “bienes jurídicos”. Como apunta Maraver (2005), “Welzel, preocupado por la escasa resistencia que la metodología positivista había mostrado a los intereses del nacionalsocialismo, insistió de nuevo en el tema de la naturaleza de las cosas recuperando para ello los planteamientos fenomenológicos de Husserl” (p. 176).

En efecto, a decir de Zaffaroni (1981) la teoría de las “estructuras lógico objetivas” se halla encuadrada dentro del movimiento que en la post-guerra tendió a buscar limitaciones a la actividad del legislador, basándose en la “naturaleza de las cosas”, en específico en la naturaleza del objeto con el que se vincula el legislador. Así, “partiendo de que la vinculación que el mismo establece lo es entre el legislador y el objeto de su regulación, no cabe duda de que el más importante — y en el fondo como objeto de regulación único—objeto regulable es la conducta humana que pertenece al hombre y que demanda un cierto sentido antropológico” (T.2, p. 299).

Así, anteponiendo como premisa general el conocimiento del objeto que regula el legislador, que no es otro que la conducta humana, “la teoría de las estructuras lógico objetivas promueve la invalidez de las leyes que pretendan alterar el orden físico, exigir lo físicamente imposible, desconocer al hombre como persona y establecer valoraciones en forma contradictoria” (Zaffaroni, 1981, T.2, pp. 302).

Para ello, es importante resaltar que Welzel pretende dejar por sentado tres puntos principales: primero, que el derecho no es el único orden del universo, sino que hay un “orden del mundo físico” que no puede ser relegado por el derecho; segundo, que el legislador siempre tiene que permanecer vinculado a la estructura óptica del objeto

desvalorado; y tercero, que “el derecho suple la pérdida de seguridad de respuesta, de tal manera que si el hombre carece de la seguridad de respuesta del animal y requiere, en su reemplazo, un orden coactivo, el derecho hará dicho papel aspirando a ser un mínimo de ética” (Zaffaroni, 1981, T.2, pp. 302-304).

Ahora, es de interés de Welzel dejar en claro que su teoría no se sustenta en un derecho natural ideal, dejando la puerta abierta para afirmar que se trata de un derecho natural existencial. Al respecto, dicho jurista señala lo siguiente:

“Para el derecho natural ideal, la esencia del hombre se establece a partir de la razón del logos o de la *ratio*. El hombre es un ser racional y social, un animal *rationale et sociale*. Para el derecho existencial, el hombre no es ante todo un ser racional, sino que está determinado por actos volitivos o afectivos pre-racionales o por impulsos vitales instintivos. Para la doctrina del derecho natural ideal, éste es un orden ideal, eternamente vigente y reconocible racionalmente. Para la doctrina del derecho natural existencial, en vez, éste está fundado en resoluciones que condicionan la situación concreta o por actos vitales de afirmación de la existencia” (Welzel, citado por Zaffaroni, 1981, T.2, p.305)

Ahora bien, teniendo como premisas mayores a la necesidad de que el legislador conozca el objeto a legislar, esto es a la conducta humana, así como al contenido proyectado, arrojado, escupitado, intencional y finalista de la acción del hombre existencialista, Hanz Welzel elabora su teoría de la acción final, con la cual mediatiza la salvaguarda de bienes jurídicos, a través de la consideración del injusto como “violación de los deberes de conciencia ético social” que dirige la acción final del sujeto, tal como se desarrollará a continuación.

Como señala Hormazabal (1991), si bien los “neokantianos” se habían concentrado en el concepto de acción y de la relevancia típica para superar las insuficiencias del naturalismo, estos planteamientos fueron superados, a la vez, por Hanz Welzel, quien, con la misma intención de

los neokantianos, cuestionó los planteamiento meramente naturalistas, señalando que “la acción no es el simple desencadenante de un proceso causal en el mundo exterior; sino un proceso dotado de la finalidad que a esa acción quiera darle el sujeto activo; generando, con ello, que la acción no sea considerada una categoría independiente a la tipicidad, sino que pase a formar parte de ella” (p. 82).

Con ello, el tipo ya no recogía únicamente un proceso causal propio de la naturaleza; sino, ahora, recogía también a la actividad humana, ocasionando que la culpa y el dolo, como modalidades de exteriorización de tal conducta, abandonen la categoría de la culpabilidad y sean insertas al injusto.

Según el planteamiento de Welzel, el fundamento del injusto ya no es la violación de “bienes jurídicos”, sino la transgresión de los “deberes de sentido o de consciencia ético social” que tiene el sujeto al dirigir su acción final. De esta manera, mediante la motivación que ejerce la norma penal sobre la consciencia del sujeto, lo que debe proteger el “Derecho Penal” son estos “valores de consciencia, de sentido o de acto” buscando que el sujeto, motivado por la norma penal, eyecte su acción final en respeto de estos valores éticos sociales.

De esta, manera, a decir de Welzel (1976) con la protección de dichos valores éticos y sociales, el derecho penal se encontrará protegiendo, también, los bienes jurídicos, entendidos como bienes vitales del individuo o de la comunidad, cuya lesión se manifiesta en el desvalor del resultado de la acción; sin embargo, no es necesario llegar a dicho desvalor del resultado para que el derecho penal intervenga, pues bastará el desvalor del acto manifestado en aquella acción final que, transgrediendo los valores de consciencia ético social, se dirija a lesionar los bienes jurídico, siendo suficiente su mera puesta en peligro; de tal manera que, sin necesidad que se lesione el bien jurídico, la manifestación de la acción determinada finalmente por el autor justifica *per se* la respuesta penal (pp.11-15).

Es necesario dejar en claro que, si bien Welzel señala que el bien jurídico tiene su origen en la sociedad, también señala que éste debe determinarse de la norma penal; pues “el propio precepto penal nos enseña que el objeto protegido por él es la norma que le es correlativa, dicha norma nos deberá enseñar el objeto de protección de ella, pues no tiene sentido decir que el objetivo de salvaguarda es la norma jurídica” (Welzel, citado por Hormazábal, 1991, p 85).

Ahora bien, son dos cuestiones las que se critican a Welzel: primero, la mediatización del bien jurídico, ya que la misma generará que en aquellos casos en que el bien jurídico se encuentre ausente y sólo exista la protección de un valor ético social, su transgresión dimanará en un injusto penal (al encontrar su esencia en dicho valor), ocasionando la intervención del derecho penal para simples conductas antiéticas. En otras palabras, al considerar a la transgresión del valor ético social como esencia del injusto penal, se está causando que se penalicen, también, aquellos casos en que la violación del valor ético social no conlleva a un “desvalor de resultado” consistente en la lesión de un “bien jurídico”, castigando conductas meramente inmorales.

En segundo lugar, como apunta Hormazábal (1991), se critica que el bien jurídico sea extraído únicamente de la norma; pues, a pesar de reconocérsele su origen social, se lo deriva de la mera norma penal, “sin tomar en cuenta la forma concreta en que se dan las relaciones sociales en el periodo histórico, social y económico concreto que se trate; circunscribiendo su definición a una concepción meramente formal, que no expresa el contenido material del bien jurídico” (pp.88-89).

A pesar de estas críticas, no se puede dejar de reconocer el rescate que hizo Welzel de una categoría por años relegada, como fue el bien jurídico, ni tampoco el sustento del desvalor del resultado como antijuricidad material; aportes que fijaron el camino para la materialización del bien jurídico y, por ende, del injusto penal. Ahora bien, estos argumentos abrieron, además, la puerta a los planteamientos

político criminales que pretendieron darle una función al bien jurídico más allá de lo dogmático.

3.2.2.8. “El Estado de Bienestar y el Resurgimiento de la Política Criminal”.

En la segunda mitad del siglo XX, las ciencias humanas reaccionaron frente a la relegación que habían sido sometidos por las ciencias naturales, bajo el dominio del positivismo. Este mismo afán superador del positivismo se apreció en el Derecho Penal; pues, a pesar de los aportes de Welzel, su planteamiento finalista mantuvo vigente la necesidad de recurrir a las teorías causales para determinar la tipicidad en los delitos de resultado. Así, el “desvalor de resultado” o el “desvalor del acto”, como fundamento del injusto, sólo superaron parcialmente el positivismo naturalista; pero, de ninguna manera, al “positivismo jurídico”, pues la norma seguía siendo el único objeto de estudio, desde el cual se elaboraba el sistema, sea el causalista valorativo o finalista; cuestión teórica que, obviamente, repercutía en el bien jurídico, pues como se desarrolló supra, el bien jurídico seguía siendo dimanado, exclusivamente, de la norma.

A decir de Hormazábal (1991), ante estos planteamientos meramente dogmáticos, que desde Hegel encontraban su sustento en la racionalidad de la ley, resurgió la política criminal, la cual planteó una serie de límites al “*ius puniendi*” con principios programáticos. “Así, bajo la premisa de que una teoría penal no puede concebirse sin el trasfondo de una teoría social, se desarrolló una serie de teorías del bien jurídico, bifurcadas en las que buscan en la sociología a la base de sustentación del referente material del delito y aquellas que lo buscan en la Ley Fundamental” (p. 92).

No obstante, la apuesta por la sociología, permitió también el desarrollo de la sociología positivista, de la cual sociólogos como Parson, Merton y Luhmann extrajeron determinados conceptos y premisas para desarrollar la teoría social del funcionalismo sistémico, que dimanó, en el

ámbito jurídico, en un funcionalismo sistémico normativista que, de cierta manera, volvió a relegar el papel del “bien jurídico” como objeto de protección del “Derecho Penal”, tal como se desarrollará a continuación.

A) “Las teorías del bien jurídico con fundamento sociológico”.

Siguiendo a Mandel (2015), es posible avocar que, la división del mundo y la consecuente guerra fría entre el bloque socialista, liderado por la Unión Soviética, y el bloque capitalista, liderado por los Estados Unidos Americanos, terminó en 1985, con el inicio de la Perestroika y la disolución de la Unión Soviética; hecho que no sólo ocasionó la caída del muro de Berlín en 1989, con la consecuente unificación alemana, sino que generó la total hegemonía de los “Estados Unidos Americanos” como potencia mundial y, con ello, la expansión y globalización del modelo capitalista industrial que representaba el bloque estadounidense (pp. 266-267).

Es así que, la globalización de los procesos sociales, la inmediatez de la comunicación en un mundo globalizado, entre otras características de las sociedades de la segunda mitad del siglo XX, generaron la elaboración de la teoría social denominada funcionalismo sistémico, cuyos principales representantes (Parson, Merton y Luhmann) rescataron, parcialmente, ciertos conceptos de teorías sociológicas pasadas que, desde el positivismo sociológico, planteaban ciertos códigos sociales que, a suerte de argamasa, integraba a las sociedades modernas industriales, como es el caso de la obra de Emile Durkheim de 1933 denominada “La División del Trabajo Social”.

A decir de Merton (2002), en dicha obra Durkheim planteó que la “fuente de la vida social” es doble: la “similitud de consciencias” y la “división de trabajo”, señalando que en sociedades primitivas la solidaridad social es generada mecánicamente por leyes represivas que imponen a los individuos las prácticas y creencias uniformes bajo la

amenaza de imponérselos ciertas medidas coactivas; mientras que en las sociedades modernas la solidaridad no es mecánica, sino orgánica, pues es la división de trabajo que impera en las sociedades industriales la que, en base a la interdependencia de los individuos y los grupos que actúan cooperativamente, generan la solidaridad de los hombres, la cual, a diferencia de las sociedades primitivas, son reguladas por leyes restitutivas y no represivas; de tal manera que a mayor normatividad represiva mayor será el grado de primitividad de las sociedades (p.202).

Ahora, si bien Durkeim señala que la división funcional del trabajo y la solidaridad orgánica, que a su causa se genera, son la base de toda sociedad moderna; insiste en señalar que el “conceso de las partes”, “la integración de los fines individuales” y el “complejo valor-social” es lo que evita que “la sociedad fuera considerado simplemente un resultante de individuos yuxtapuestos llamados a relaciones contractuales provisionales para la satisfacción de sus respectivos intereses inmediatos” (Merton, 2002, p.204).

Como señala Arriaga (2003), son estos conceptos funcionales y orgánicos amalgamados por un código moral compartido, propios de la descripción de una sociedad industrial (o en palabras de Durkeim “moderna”), los que inspiraron a sociólogos como Parson, Merton y Luhmann a construir la teoría sociológica de los sistemas (p.279).

Para ello, es necesario partir de las definiciones que Luhmann otorga a “función”, “sistema”, “entorno” “subsistema”, “diferenciación” elementos” y “relaciones”, conceptos sin los cuales es imposible entender el esquema funcionalista sistémico bajo el cual dicho autor concibe a la sociedad. Así, “Luhmann define su postura teórica como funcional-estructuralismo, la que a diferencia del estructural-funcionalismo parsoniano, no considera que haya ciertas estructuras dadas que deban ser sostenidas por funciones requeridas, sino que es la función la que antecede a la estructura” (Arriaga, 2003, p.279).

En la misma línea, Rodríguez & Torres (2003) afirman que,

“Luhmann define a un sistema como una forma con propiedades que le distinguen como unidad, manteniendo una diferencia que permite realizar una distinción de algo (el sistema) respecto del resto (que vendría a ser el entorno) como la distinción de algo respecto a su contexto” (pp.17-18).

Debiendo dejar en claro, a decir de Arriaga (2003) que, Luhmann sustituye la concepción parte-todo como esencia del sistema, por la de diferenciación, cuyo esquema parte, en esencia, de la función que se atribuye a cada sistema o elemento conformante del mismo. Del mismo modo que Luhmann distingue “entorno” y “relación”, hace lo propio con “elemento” y “relación”, señalando que el primero es “aquella unidad no más reductible del sistema”; mientras que la relación es la vinculación entre estos elementos (pp. 283-286).

Ahora bien, en base a estas premisas, Luhmann define a la sociedad como el sistema operacionalmente cerrado y autorreferencial (que se debe explicar a sí misma) formado por comunicaciones. Como apunta Arriaga (2003), “Luhmann rompe con la tradición sociológica que definía a la sociedad a partir del ser humano, dejando en claro que la sociedad se forma por códigos comunicables y no por seres humanos” (pp. 288-292). Es así que, a decir de Ruiz & Bermeo (2017) el sujeto de ordenación de los sistemas sociales no es el hombre (quien también es un subsistema psíquico orgánico abierto), sino las comunicaciones (p. 56).

Por otro lado, la sociedad está estructurada, a la vez, por otros sistemas diferenciados, que adquieren la denominación de subsistemas, los cuales se van diferenciando, y por ende constituyendo, por la producción de semántica propia en la comunicación, observando, cada subsistema, a la sociedad a partir de su propia función y en base a su propia codificación. Como ejemplifica Urteaga (2010), el sistema científico se rige bajo el código binario de verdad/falsedad, mientras que el sistema jurídico se rige por el código binario legal/ilegal (p.308).

Así, Urteaga (2010) explica que, de acuerdo a sus principales

funciones, a su semántica comunicacional autónoma y a su código de apreciación del entorno propio, se pueden destacar al subsistema de la ciencia (especializada en los avances cognitivos y en los procesos sociales de aprendizaje, manejándose por el código verdad/falso); al subsistema mediático; al subsistema religioso (administra la inevitabilidad de la contingencia y domestica el problema planteado por el hecho de que cualquier determinación, es decir cualquier selección o toma de decisión, produce una nueva indeterminación, manejándose por código observable/no observable); al subsistema educativo; al subsistema político; entre otros subsistemas (pp. 309-310).

Entre estos subsistemas resulta importante, para la presente investigación, resaltar el subsistema del Derecho, que hasta la década de 1980 era considerado como una estructura del sistema político, pero a partir de un mayor abarcamiento de la complejidad de la sociedad, se lo empezó a considerar como un subsistema social (autopoietico) cerrado, encargado de definir lo legal/ilegal, acudiendo al sentido de orden social obligatorio.

Ahora, para comprender la importancia del Derecho, como subsistema social, es importante señalar que esta teoría social se completa con los factores de “función y disfunción”, siendo funcional toda condición que contribuye al mantenimiento o desarrollo del sistema y disfuncional los que van en detrimento de su integración, eficacia, estabilidad o supervivencia.

Como señala Luhman, citado por Hormazábal (1991), es necesario la existencia de un elemento de argamasa o de cohesión que haga posible los factores funcionales, “papel que es cumplido por presencia de un sistema de valores compartidos por los actores sociales, los cuales actuarían ajustados a expectativas mutuas que recíprocamente consideran legítimas en la medida que comparten el mismo código, a partir del cual se determina lo que es contrario o conforme al orden establecido” (pp. 98-99).

Entonces, si la confianza entre los actores sociales es reemplazada, como factor de cohesión social, por la confianza en el derecho, se puede afirmar que el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la confianza o la fidelidad en la norma.

Así, para llegar a esta última afirmación, el profesor Jakobs (2001) comienza señalando que si bien, los bienes existen, no toda afectación o disolución de dichos bienes aparece en la lente del derecho (como las muertes naturales, el desgaste de los objetos, el deterioro de la salud por la longevidad); sino, únicamente cuando dicha afectación o disolución obedece a ciertos ataques (p. 15).

En ese sentido, como continúa Jakobs (2001), se percibe que en vez de que se afirme que, el orden penal persiga la salvaguarda de bienes jurídicos, también puede formularse que el Derecho Penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes, los cuales no pueden representarse como objeto físico o algo similar (pues ¿Cómo iba a poder representarse el Derecho en cuanto estructura de la relación entre personas, es decir, el Derecho como espíritu normativo, en un objeto físico?), sino como norma, como expectativa garantizada; pudiéndose, por ende, colegir que el “orden penal garantiza la vigencia de la norma, mas no la salvaguarda de bienes jurídicos” (pp. 17-19).

En efecto, según dicho autor lo que se protege es la “vigencia de la norma” que regula expectativas de comportamiento de acuerdo al rol general de “no lesión” o de “salvación” del ciudadano— el cual se encuentra delimitado por las “instituciones de la imputación objetiva (riesgo permitido, riesgo propio, prohibición de regreso, principio de confianza) — o de acuerdo al rol institucional positivo de cumplimiento de deberes especiales” (pp. 25- 28).

Ahoa bien, Jakobs reconoce que el principal reparo que se le hace a su postura, radica en que gracias a su aplicación se podrá proteger con el

Derecho Penal cualquier norma, sin consideración de su contenido, perdiendo el “Derecho Penal” su potencial crítico de la legislación, de acuerdo a si protege, inmediata o mediatamente, los “bienes jurídicos” de la persona.

Sin embargo, esta crítica es catalogado, por el jurista alemán, como errónea, debido a que “la teoría de protección de bienes jurídicos” carecería también de potencial crítico para limitar la política legislativa; pues, “sea desde la teoría funcionalista normativista o desde la teoría de protección de bienes jurídicos, igualmente, se puede optar políticamente por normas para la regulación de la vida libre de personas” (pp. 53-54).

No obstante, dicha defensa no llega a replicar la abundante crítica que, desde un derecho penal liberal, como la opinión de Zaffaroni (1998), acusa a su teoría “de alejarse del hombre — que queda reducido a un subsistema — y de perder todos los límites a las garantías consideradas tradicionalmente como “liberales”, abriéndose la posibilidad de imponer penas a acciones meramente inmorales que no lesionan ningún bien jurídico ajeno” (p. 91).

No le falta razón al profesor argentino; pues, después de sustentar los planteamientos descritos, Jacobs (2001) llega a afirmar la posibilidad de que el “Derecho Penal” proteja contenidos morales cuando la sociedad los necesite, supuesto en que dichos contenidos morales llegarán a constituirse en auténticos bienes (p. 38).

Hasta este momento, se ha descrito los planteamientos dimanados de la teoría social de uno de los protagonistas más conocidos (Niklas Luhmann); siendo necesario remitirnos, ahora, al otro protagonista, Jürgen Habermas, quien, desde esta misma teoría institucional (caracterizada por concebir una teoría estructural del derecho como teoría estructural de la sociedad) diverge de la teoría de los sistemas a partir de la significación social que otorga a la normatividad, naciendo dos polos opuestos: “teoría de los sistemas” vs. “punto de partida en la teoría de la

comunicación”.

En efecto, como afirma Müssig (2001), ambas teorías se asemejan en describir a las normas con carácter general como estructuras sociales transmitidas por la comunicación, “las cuales determinan los caracteres fundamentales de la concreta configuración de la sociedad; no obstante, se diferencian al momento de fundamentar el sentido social de la normatividad” es decir a la hora de determinar la manera en que el *deber ser* es vivido en la sociedad o el significado que este adquiere en esta” (pp. 35-38).

Es así que, a decir de Müssig (2001) la teoría de los sistemas postula que “el símbolo del deber significa la generalización temporal y social de expectativas, de tal manera que las expectativas normativas, a diferencia de las expectativas cognitivas, son mantenidas en caso de defraudación. La teoría de los sistemas distingue entre un sentido social fundamental de la normatividad y la legitimidad de determinadas normas” (pp. 39-41).

Ello, le permite afirmar a la teoría sistémica que son las normas, desvinculada de referencias valorativas materiales, las que establecen los horizontes de las interacciones sociales, caracterizando, con ello, los límites del sistema social y determinando así su específica configuración y contenido. Como apunta Müssig (2001), “no es posible realizar afirmaciones sobre el contenido del derecho penal, pues la definición de su misión (prevención general positiva) es meramente, siendo el derecho, y la configuración que la sociedad adquiere en éste, los únicos que pueden determinar el alcance del derecho penal” (pp. 34- 47).

Ahora bien, si “la teoría de los sistemas” no admite que la legitimidad jurídico-penal fluya de referencias a valoraciones materiales o de bienes, entonces ¿cómo es que la fundamenta? Como señala Müssig (2001) para fundamentar la legitimidad jurídico penal la teoría de los sistemas acude a la configuración que la sociedad adquiere en las estructuras normativas. Así, dicha teoría plantea dos criterios de legitimación jurídico penal, que

representan la conexión entre el derecho y la configuración de la sociedad: primero, la función social de la misma norma de conducta, pues al ser la norma parte del subsistema jurídico que configura a la sociedad, refleja, por lo tanto, una parte integrante de la configuración total de la sociedad; y, segundo, la autodescripción que todos los subsistemas tienen en el propio sistema jurídico, generando, de esta manera, que los principios constitucionales, sean o no escritos, adquieran, como autodescripción juridificada de la sociedad, una destacada importancia (pp. 47-54).

Como se puede apreciar, la “Teoría de los sistemas” determina la legitimidad jurídico-penal dentro de la misma estructura normativa; pues, sin acudir a referencias valorativas materiales, establece la legitimidad o ausencia de legitimidad jurídico-penal a través del análisis de la función social de la misma norma de conducta y, sobre todo, a través del engarce de la norma penal con los principios constitucionales que autodescriben los subsistemas que conforman el sistema social.

Ahora bien, se señaló *ab initio* que los planteamientos de Habermas se diferenciaban de la teoría sistémica, en el sentido o significado social de la normatividad; pues, a decir de Müssig (2001) a diferencia de la teoría sistémica — que encuentra la legitimidad jurídico-penal de una norma en la misma estructura normativa — Habermas matizó el criterio meramente normativo, señalando que la legitimidad jurídico penal de una norma se encuentra en la validez que el consenso comunicativo de destinatarios le otorgan, a través de su reconocimiento como regla que establece la legalidad de una conducta y a la vez su legitimidad, por cuanto coadyuva a la integración social (pp. 40-41).

Sin embargo, representantes sistémicos como Bernd Müssig (2001) criticaron las posturas de Habermas, señalando que dicho autor, perjudicando la pureza del sustento sociológico, disolvió la normatividad en cuanto categoría sociológica al reconducirlo a procesos de comunicación intersubjetivos, los cuales no pueden ser reconstruidos sociológicamente, pues para que ello suceda todas las personas que

constituyan el consenso tendrían que actuar de modo racional, sin ceder a sus afectos, ni intereses personales, cualidades que pueden ser catalogados incluso de elitistas (p. 43).

Estando expuestos los dos planteamientos institucionalistas sociales del derecho (teoría de los sistemas y de la comunicación) es necesario resaltar que, desde el mismo sustento sociológico, no faltó el vertimiento de duras objeciones. Así, a pesar de la morigeración que las teorías institucionales tuvieron con Habermas, el jurista Winfried Hassemer, citado por Hormazábal (1991) las criticó señalando que ninguna de estas teorías, por su excesivo formalismo normativismo, ha podido darle al bien jurídico un contenido material, que permita entender no sólo lo que se lesiona con una conducta delictiva, sino también las causas por las que la sociedad criminaliza determinadas acciones lesivas y no otras (p.117).

Es así que, con el propósito declarado de vincular a la norma con la realidad y concebir la “teoría del bien jurídico” en una referencia constitutiva a la misma, Hassemer, citado por Müssig (2001), embarca la teoría del bien jurídico en una teoría de control social, vinculando la constitución de bienes jurídicos con las condiciones de la definición social del delito, es decir, con los procesos comunicativos de la criminalización; de tal manera que, del señalamiento del comportamiento considerado como intolerable por la sociedad, dependerá la valoración que ésta le otorgue a los lesionados por tal comportamiento (pp. 29-30).

En efecto, como apunta Hormazábal (1991), dicho alemán buscó determinar “la valoración que la sociedad brinda a los objetos lesionados en base a tres factores: a) la frecuencia con que se realizan estas conductas; b) la intensidad de la demanda del objeto en cuestión; y c) la medida de la amenaza”. Dichos factores, conjuntamente con la incidencia en la consciencia cultural de la sociedad, “la psicología étnica” y la “psicología profunda de Freud”, podrán ayudar a establecer la inteligencia socio-normativa (pp. 116-117).

En un segundo paso, Hassemer, “formula la realización de principios materiales para la protección de los intervinientes como subsidiariedad del derecho penal, la dañosidad social, la protección de la dignidad del hombre, etc., con lo que se lograría rescatar la capacidad limitadora del “*ius puniendi*” del bien jurídico” (Müssig, 2001, p. 118)¹⁵.

Sin ánimos de abundar, Hassemer reconoció, además, “la necesidad de que el Derecho Penal proteja bienes jurídicos colectivos, siempre que se correspondan con los intereses conciliados del individuo, pues lo trascendental es personalizar los intereses difusos en la medida que su protección sea condición para proteger al individuo” (Hassemer, citado por Hormazábal, pp. 118-119).

Finalmente, es necesario subrayar que tampoco la teoría de Hassemer estuvo exenta de objeciones, pues, como apunta Müssig (2001) al mismo se le objetó que su proceso de constitución del bien jurídico, a partir de los procesos de criminalización social, tiende a transformarse en una simple descripción de la “experiencia valorativa social”, sin tener la capacidad de vincular la teoría jurídica y la teoría social (pp. 30; 32).

Como se puede apreciar, la huida hacia las teorías sociales y a la política criminal, para terminar con los planteamientos meramente positivistas, tuvo dos claras consecuencias: primero, la aplicación de la teoría sociológica sistémica-funcionalista que, considerando al hombre como un simple subsistema, redujo la función del orden penal a la “protección de la vigencia de la norma”, retornando, de esta manera, al mismo normativismo de antes, ya no sustentado en la racionalidad de la ley o en la voluntad de un líder, sino, ahora, en la institucionalización de

15 Desde un ámbito más individualista, se elaboró el *harm principle*, criterio que también para Feinberg ocupa un lugar central, al estar orientado prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, “en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos. La separación de dichas esferas de libertad por medio del «principio de daño» conlleva que cada ciudadano tiene plena libertad para perseguir sus deseos y fines mientras no dañe a los demás, esto es, mientras que no menoscabe intereses ajenos” (Feinberg, citado por Von Hirsch, 2007, pp.39-40). En efecto, desde este criterio subjetivista del *harm principle*, “un hecho es por regla general merecedor de pena si lesiona a una o más personas en sus derechos, teniendo en cuenta sus *welfare interests*, los presupuestos básicos de su bienestar” (Seelmann, 2007, p.373).

las expectativas sobre los roles irrogados al subsistema orgánico-psíquico que es el hombre; postura que, aunque flexibilizada con los aportes de Habermas, mantuvo sus mismas consecuencias positivistas; y, en segundo lugar, el retorno a la político criminal y a lo social significó, en Hassemer, la introducción de categorías político criminales, como el merecimiento de pena, la subsidiariedad, entre otras, que si bien significaron un avance, la indeterminación de la conexión de lo normativo con lo material, en orden de determinar el contenido material del bien jurídico, hicieron necesarias ulteriores planteamientos.

B) “Teorías que Otorgan Fundamento Constitucional al Bien Jurídico”.

Si bien, el funcionalismo sistémico normativista sustentó, como se ha desarrollado supra, la legitimidad jurídico penal de sus normas en los principios constitucionales, sus planteamientos teóricos se circunscriben al plano meramente normativo; desconociendo el rol del bien jurídico como límite material del “*ius puniendi*” y, por lo tanto, la consideración de la constitución como fuente y fundamento del mismo.

Como apunta Juárez (2004) se ha visto hasta ahora, el desarrollo de las variadas concepciones que sobre el bien jurídico se producen, desde el positivismo hasta el funcionalismo, han demostrado que su concepto depende del rumbo tomado por el poder punitivo en base con las modificaciones estructurales que se han dado en la sociedad y en el Estado. De una sociedad liberal individualista hasta la sociedad de la comunicación postmoderna, o que se observa es que la noción del bien jurídico ha ido diluyendo gradualmente su sustancia material, hasta llegar prácticamente a su evaporación (p. 38).

Ahora bien, en la segunda mitad del siglo XX e inicios de este siglo XXI, con el temor de que las corrientes funcionalistas sistémicas signifiquen una vuelta al pasado positivista meramente formalista, la mayoría de sistemas jurídicos occidentales, ya influenciados por el

constitucionalismo de la Ley Fundamental de Bonn, empezaron, en base a una corriente neo-constitucionalista, a relegar la concepción exclusivamente legalista de la Carta Magna y a priorizar los valores materiales que emanaban de sus principios, los cuales. A decir de Pozzolo (2015) no eran consideradas meras consignas, sino garantías efectivas de plena aplicación por los legisladores y jueces, quienes, a través de su consideración y ponderación, están obligados a tener presente el programa constitucional: civil, tributario, penal u otro, que establece los valores constitucionales que alumbran y sustancian cada rama jurídica (pp.366 y ss.).

Así, teniendo presente este marco teórico constitucional, la época contemporánea vio renacer a la teoría del bien jurídico en inocultable sintonía político-criminal, es decir, vinculando a dicha teoría con los fines del ordenamiento jurídico del Estado, los cuales aparecen recogidos y formalizados en la Constitución, que la mayoría de constituciones occidentales regula. Como refiere Niño (2006), desde una tendencia constitucional estricta, autores como Hans Joachim Rudolphi o Franco Bricola, se inclinaron por identificar los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente con los bienes jurídicos (p. 23).

Al respecto, Rudolphi en su obra “los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico” distinguió tres planos del bien jurídico: el de “interpretación teleológica del tipo penal”, el de elemento constitutivo de la dogmática tipo-penal y el de erigirse en una renovada exigencia frente al legislador penal, para que su tarea se limite únicamente a la protección de “bienes jurídicos”, cuyo contenido material podrá ser encontrado en la Constitución, como ente regulador del Derecho.

De esta manera, Rudolphi definió a los “bienes jurídicos” como “funciones importantes para la vida social en el ámbito de la constitución” o como “unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente y, por lo tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados” (Rudolphi, citado por

Niño, 2006, p.24).

En el mismo sentido, Franco Bricola, en su libro “Teoría general del delito” no sólo fundamentó el sustrato material del bien jurídico en el valor constitucional relevante, sino que, además, tomando como referencia a la libertad, jerarquizó los valores constitucionales para que, en base a su trascendencia, puedan o no ser protegidos por el “derecho penal”. Esta correspondencia entre la importancia de los valores constitucionales con la gravedad de las sanciones penales, que es llamado a su tutela, se ve reflejado cuando Bricola señala que el “delito es un hecho lesivo de un valor constitucional cuya significatividad se refleja en la medida de la pena” (Bricola, citado por Hormazábal, 1991, p. 127).

Como refiere Niño (2006), más allá de la impronta constitucionalista que dejaron estas teorías, las mismas no fueron exentas de críticas, las cuales objetaron el carácter estricto y cerrado de la constitucionalización del bien jurídico; pues, al señalar que los bienes jurídicos coinciden estrictamente con la constitución, se está afirmando que la misma es un espejo de la realidad social, formalizando, de esta manera, el contenido del bien jurídico, ya no a nivel penal, pero sí a nivel constitucional (Niño, 2006, p.25).

Es por ello que, desde una tendencia constitucional amplia, se plantea tomar a la Constitución como marco de referencia, relacionando los bienes jurídicos con dicho marco, pues, en palabras de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, “la Constitución no es un espejo de la realidad, sino el faro de luz al que esta debe tender” (Berdugo, citado por Niño, 2006, pp.27-28). En efecto, el marco de referencia constitucional no puede ser estático, sino dinámico, abierto a un futuro libre e igualitario para todos, recuperando su significado de suprema norma jurídica, dotado de valor directamente normativo y asentado sobre los derechos fundamentales.

Ahora bien, resaltando el papel que el “programa penal de la Constitución” desempeña en el fundamento y función del sistema penal,

el profesor Arroyo (1987) rescata los principios generales que la Carta Magna consagra, a saber: igualdad, pluralismo, tolerancia, libertad, racionalidad y proporcionalidad, bases axiológicas, tanto para aquel fundamento como para aquella función; siendo dichos principios los requisitos básicos de cualquier intervención penal (pp.100 y ss.).

En el mismo sentido, pero sin perder de vista el sustento material-social del bien jurídico protegido, el profesor Terradillos (1981), en su trabajo “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal” señala que “la fundamentación del bien jurídico debe ser entendida desde la perspectiva constitucional de restricción del instrumento jurídico-penal, compitiendo al Derecho Penal la defensa, frente a los ataques más graves, de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales (pp. 123).

En el mismo sentido, el profesor Muñoz (1984), en su libro “Teoría General del Delito”, señala que “bien jurídico” es el valor protegido por el legislador y, de acuerdo al “principio de intervención mínima”, protegido a través del “derecho penal” de sus afectaciones más graves; sin embargo, como tal desiderátum no siempre se cumple, es preciso tener presente siempre una actitud crítica, tanto frente a los “bienes jurídicos protegidos” como a la forma de protegerlos penalmente (p.49).

De la misma forma, los profesores italianos & Musco, citados por Niño (2006) analizan la cuestión desde un doble aspecto: primero verificar que la figura legal protege un bien jurídico suficientemente definido y en armonía con el sistema de valores constitucionales; y, segundo, controlar la conformidad con los principios constitucionales de las técnicas de tutela adoptados por el legislador para garantizar la salvaguardia de ese mismo bien (p.33).

Como se puede apreciar, dichos autores coinciden en el fundamento constitucional que debe tener el bien jurídico protegido, cuyo contenido no sólo debe estar iluminado por el faro de la Carta Magna, sino, que

además, a decir de Schünemann (2007) debe tenerse como filtro la dañosidad social con el fin de no tropezar en el absoluto formalismo – filtro que ha sido defendido desde antes por Beccaria, quien vio la esencia del delito en el «daño social» (p. 206) –. Es también necesario resaltar que la Norma Fundamental no sólo contiene los valores materiales que iluminan las figuras penales; sino, además, los principios que rigen las técnicas de tutela penal, como la proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad, que sustentando la posición cuantitativa restringen al “derecho penal” la tutela de los “bienes jurídicos” más trascendentes para el hombre en sociedad y ante los ataques más graves.

Desde este mismo enfoque constitucional, e incluso, cuantitativo, el jurista italiano Angioni, citado por Hormazábal (1991) apunta que, regulando las distintas sanciones que regula el derecho penal, sólo podrá imponerse pena de cárcel respecto a la transgresión de bienes jurídicos de carácter constitucional primarios, las penas secundarias respecto a bienes jurídicos primarios y secundarios; siendo los “bienes primarios” aquellos sin los que el ciudadano no pueda realizarse en “mínimas formas existenciales y dignas” (p. 128). De igual forma, el jurista español Escrivá apunta que “la Constitución es un claro indicador de la jerarquía o rango de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y, por ende, de las pautas de su nivel de protección” (Escrivá, citado por Hormazábal, 1991, p.137).

En otras palabras, es la relevancia y el rango constitucional, tomando como directriz al bien jurídico de la libertad, lo que indica las pautas del nivel de protección de los “bienes jurídicos”, los cuales, según el propio programa penal constitucional (proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad) deberán ser tutelados por el derecho penal, en cuanto se trate de los más trascendentes y frente a los ataques más graves o por otros mecanismos de tutela jurídica menos lesivos, como el “derecho administrativo sancionador”, en cuanto se trate de “bienes jurídicos secundarios” o frente a los ataques menos graves.

Por otro lado, al regular la Constitución un modelo social, permite también la protección jurídico penal de bienes jurídicos colectivos, siempre que, con su protección, se proteja, mediatamente o inmediatamente, a la persona y que, con su transgresión, se incurra en el filtro de dañosidad social. En el mismo sentido, el jurista español De Toledo (1981) manifiesta que el contar con un Estado social y democrático de derecho obliga a una tutela jurídico penal de bienes supraindividuales, como el medio ambiente, vivienda, salud, etc (p. 354).

En resumen, esta corriente teórica, que se toma como base para la presente tesis, nos permite colegir, como colofón provisional, que para definir el “contenido material del bien jurídico” es importante remitirnos a los valores de la Carta Magna nacional, tenido en cuenta como la suprema, dinámica y abierta al entorno social e histórico concreto que, en base al filtro de dañosidad social, podrá dinamizar las valoraciones que la norma suprema otorga; la cual, sin embargo, mantendrá perenne, como valor y fin supremo, la dignidad del hombre y sus derechos fundamentales que de esta emanan.

Esta base teórica nos faculta considerar a la Constitución como la referencia, marco o faro del contenido material del bien jurídico, el cual estará constituido por aquella relación de disponibilidad individual o colectiva de un sujeto con un objeto¹⁶, valorada positivamente por la “Constitución Política”, “tratados de Derechos Humanos” y la demás normativa de rango constitucional o supraconstitucional.

Así, en base a los mismos principios constitucionales del programa penal (proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad) las afectaciones más graves a los “bienes jurídicos primarios” son reguladas por el derecho penal; mientras que las ofensas a los bienes jurídicos secundarios o las ofensas menos graves a los bienes

¹⁶ En sentido similar, Wohlers habla de los intereses mancomunados de los miembros de una sociedad «sobre la garantía de los presupuestos básicos necesarios para el desarrollo de su libertad individual» (Wohlers, citado por Stratenwerth, 2007, p.366).

jurídicos primarios serán reguladas por otros mecanismos punitivos menos intrusivos, como el derecho administrativo sancionador.

Estas aseveraciones, que fluyen del estado actual de la cuestión, se ve sustentado en los planteamientos que Hassemer (2005) realiza en su artículo: “Bienes jurídicos en el Derecho Penal”, en donde destacan los conceptos de prohibición de exceso y prohibición de defecto, integrando al bien jurídico, en su función reductora y limitadora bajo el marco del primero; situando el foco de su atención en la citada prohibición de defecto, expresión relativa a los deberes de salvaguardia del Estado respecto de determinados intereses, cuya existencia son reconocidos por el derecho y reconducidos inexorablemente al tema del bien jurídico; dejando en claro que los deberes estatales de protección de estos bienes jurídicos pueden, y deben, ser solventados con la necesidad de medios que dispone el Estado diferentes al Derecho Penal y en base a los principios de lesividad social, proporcionalidad, subsidiariedad y tolerancia (pp. 65 y ss.).

Con lo expuesto, Hassemer llega a dos conclusiones: En primer lugar que, acatando una prohibición exceso, el derecho penal no puede recoger otro objeto que no sean bienes jurídicos (trascendentes y ante las ofensas más graves); y, en segundo lugar que, acatando una prohibición de defecto, el Estado no puede dejar desprotegidos los demás bienes jurídicos (entiéndase, fragmentariamente, ante las ofensas menos graves); ofensas que deberán sancionarse por otros medios de control, como por ejemplo el “derecho administrativo sancionador”— como se sustenta en esta tesis — o — adecuada a su propuesta local y cualitativa-formalista¹⁷ — por el derecho de intervención.

Desde otra perspectiva, pero llegada a una conclusión semejante, el

17 Plasmada en el acápite denominado: “*Diferencia cualitativa en base a criterios de concepción e imputación del injusto, las garantías político criminales que las limitan y demás cuestiones formales. Referencia al Derecho Penal de Intervención de Winfried Hassemer y al Derecho Penal de Segunda Velocidad de Jesús Silva Sánchez*”

profesor Zaffaroni (1999), en su libro “Manual de Derecho Penal Parte General”, señala que el bien jurídico es una relación de disponibilidad sujeto-objeto reconocida y tutelada por la Constitución, el derecho internacional o cualquier rama del ordenamiento jurídico no punitivo; cuyas afectaciones individualizadas y descritas en la normativa penal, eminentemente fragmentaria y discontinua, serán los elementos a computar por el intérprete de la ley penal frente a los casos que proporciona la realidad. Así, limitada por su carácter fragmentario y excepcional, la ley penal sólo eventualmente individualiza algunas acciones que afectan de manera particular a alguno o algunos de esos bienes (pp.55-56).

En efecto, Zaffaroni destaca por un lado que esta relación de disposición del sujeto, valorada y tutelada por la Constitución, Tratados Internacionales y normativa no punitiva expedida, lógicamente, conforme a las primeras; infiriendo que esta tutela constitucional designa a la norma penal para que fragmentariamente sancionen las afectaciones más graves, delimitadas y descritas en la misma norma penal. Entonces, al igual que de la postura de Hassemer, de lo dicho por Zaffaroni se puede inferir que, también en base a la fragmentariedad, las lesiones menos graves a los bienes jurídicos podrán ser individualizadas y sancionadas por el derecho administrativo sancionador, mostrándose claramente que esta rama del derecho regula, también, conductas que afectan “bienes jurídicos” y que la misma se hace en base al criterio cuantitativo de gravedad de las afectaciones vertidas en su contra.

Ahora bien, es importante señalar que, en cuanto a si el Derecho Penal tutela bienes jurídicos o sólo sanciona a las conductas que lesionen bienes jurídicos tuteladas, de manera previa, por la constitución y demás leyes, el pensamiento del profesor de Buenos Aires ha tenido dos estadios: El primero –que se comparte en esta tesis– es el que se encuentra en su “Tratado de Derecho Penal” (1980), en cuyo primer tomo señala que el “derecho penal” sí tutela “bienes jurídicos”, pues, “precisamente, en vista de esa tutela penal es que opera la coerción penal, porque se le ha privado

a alguien o se le ha perturbado la posibilidad de disponer de algo que se considera necesario para realizarse” (Zaffaroni, 1980, pp. 50-51).

Sin embargo, posteriormente la postura del profesor argentino viró de sustento, al señalar, en su libro de coautoría con Alagia y Stokar (2008), “Manual de Derecho Penal”, que la norma constitucional y demás normativa son las que consagran y tutelan los “bienes jurídicos”, mientras que el “derecho penal” sólo recibe el designio constitucional de sancionar las conductas que más gravemente los afecta, y que ya se encuentran tuteladas previamente por el resto del ordenamiento jurídico, dejando en claro que la ley penal sólo eventualmente individualiza algunas acciones que afectan de manera particular a alguno de esos bienes, pero de ningún modo puede brindarles tutela amplia o plena, pues ello importaría reconocer una función constitutiva a la ley penal, dando lugar al expansionismo punitivo destructor, además de darle a la pena un sentido policial preventivo, que pretendería evitar acciones y no resultados (pp.371-372).

Siguiendo esta línea, para Zaffaroni y *cía*, el derecho penal no debe sustentarse sobre el concepto de “bien jurídico tutelado”, pues ello significaría otorgar al legislador una capacidad legitimante falsa, a través de la cual utilizaría el derecho penal para constituir bienes jurídicos y expandir el poder punitivo; sin embargo, ello no quiere decir que el derecho penal abandone el concepto de “bien jurídico” limitante o liberal (el de ofensividad), pues con su renuncia desaparece todo sentido en la prohibición: *se prohíbe porque se prohíbe*; concepto último que sustenta la real utilidad del bien jurídico, que no es otra cosa que el examen de ofensividad que tiene que realizar el juez, antes de aplicar la norma penal.

Es en base a estas premisas que Zaffaroni, con el fin de cohesionar al bien jurídico, y a su ofensividad como una referencia garantista, con la función tutelar sustraída del derecho penal que la Constitución, tratados y demás normativa del ordenamiento jurídico tienen, reúne dogmáticamente, bajo el marco de un solo concepto, todos los supuestos

en los que, afirmada la tipicidad objetiva de una conducta, se hace necesario, previo al análisis de la antijuricidad, es decir de la ausencia de preceptos permisivos, confirmar o descartar su efectiva antinormatividad, que es tanto como decir su efectiva conflictividad en virtud de la real afectación del bien jurídico, cuya tutela, valga la aclaración, se encuentra en la normativa extra-penal.

Es así que, Zaffaroni (2008) sustenta su tipicidad conglomerante excluyendo la lesividad cuando: a) no se encuentra afectación del bien jurídico o la misma no es significativa; b) la conducta del agente se subsume en el deber jurídico que tenía que hacer en esa circunstancia; c) la conducta del agente se subsuma en el patrón de acciones que el derecho promueve; d) exista consentimiento o asunción de riesgo del sujeto pasivo; e) el resultado producido no exceda el riesgo no prohibido (pp.370-371).

Como se puede apreciar, Zaffaroni no se aparta del papel trascendente que tiene el bien jurídico, ni mucho menos de su sustento dimanado de la Constitución, como norma que, verdaderamente, valora, consagra y tutela los bienes jurídicos, sino que innova en cuanto al papel del derecho penal, cuyas normas no tutelan los bienes jurídicos (ya tutelados por la norma extra penal), sino regulan las conductas que, de manera grave, los afecta; dejando, sin embargo, en claro que no se puede sustraer el concepto de bien jurídico de la norma penal (pues ello la convertiría en una norma meramente sancionadora) la cual regulará su ofensa (mas no su tutela) en una categoría dogmática conglomerada, por el análisis racional de la antinormatividad extra-penal, que valora y tutela las relaciones de disponibilidad del sujeto con el objeto, esto es por la verificación de una real afectación del bien jurídico, ubicada después de afirmarse la tipicidad y antes de analizarse la antijuricidad, en cuyo contenido se analiza, a la par que las categorías político criminales propias de la imputación objetiva- una serie de supuestos que filtrarían las conductas inofensivas al bien jurídico.

Para concluir el estado actual de la cuestión, es necesario rescatar el aporte que el profesor alemán Roxín (2007) ha realizado en su artículo “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en el cual, partiendo del mismo concepto constitucional, liberal del “bien jurídico”, postula nueve ideas directrices, según las cuales serán ilegítimas las normas penales: las normas motivadas exclusivamente por la ideología, verbigracia la sanción de las manifestaciones contra el gobierno; las atentatorias contra los derechos fundamentales, como por ejemplo la prohibición de casamientos interraciales; las que se basaren en meras finalidades, tales como la punición de tenencia de marihuana en procura de lograr una "sociedad sin drogas"; las fundadas en meras pautas morales, como el prohibir la homosexualidad entre adultos; las normas originadas en la supuesta lesión de la dignidad, tomando por ejemplo la que reprimiere una manipulación genética con fin terapéutico; las orientadas a la protección de ciertos sentimientos, como las que vedaren ciertas conductas sexuales en público sin llegar al exhibicionismo, o el envío de material pornográfico; las enderezadas a sancionar las autolesiones conscientes, su possibilitación o favorecimiento, citando como muestra las conductas desplegadas en la participación en deportes riesgosos; las meramente simbólicas, entre las que cita la incriminación de la conducta de negar o minimizar el genocidio nazi; las enderezadas a reprimir tabúes, como la interdicción del incesto; y la criminalización de comportamientos en pos de la tutela de objetos de abstracción inaprensible, como la perturbación de la paz pública (pp. 449-458).

Ahora bien, estas reglas, de claro raigambre constitucional, no sólo pueden ser aplicadas a las normas penales que, a la luz de los planteamientos citados supra, regulan los ataques más graves proferidas contra los bienes jurídicos; sino también a las normas sancionadoras administrativas, que regulan los ataques menos graves vertidos contra los bienes jurídicos; pudiéndose complementar la conclusión provisional, vertida líneas arriba, de la manera que sigue.

La Carta Magna es la referencia, marco o faro que da luz al contenido

material del bien jurídico, el cual no podrá sustentarse en cuestiones morales, ideológicas, autoritarias y demás reglas desarrolladas en el párrafo antecedente, sino en valores esenciales recogidos por la Carta Magna en base al filtro de dañosidad social. Entonces, el bien jurídico será aquella relación de disponibilidad individual o colectiva, de un sujeto con un objeto, valorada positivamente por la Constitución, tratados de Derechos Humanos y demás normas de rango constitucional y supraconstitucional, de tal manera que, en base a los mismos principios constitucionales del programa penal (proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad) las afectaciones más graves a los “bienes jurídicos primarios” son reguladas por el derecho penal; mientras que las ofensas a los bienes jurídicos secundarios o las ofensas menos graves a los bienes jurídicos primarios serán regulados por otros mecanismos punitivos menos intrusivos, como el derecho administrativo sancionador, fungiendo ambos órdenes como mecanismos de control social formal protectores de bienes jurídicos; protección ejercida a través de la individualización y descripción de ofensas de mayor o menor gravedad, respectivamente.

Así, tomando como base el estado actual de la cuestión, es que se llega a concluir la plena posibilidad de determinar el contenido de la “identidad de fundamento”, entre una “sanción o proceso penal” y una “sanción o procedimiento administrativo sancionador”; pues ambos están encaminados a regular o procesar, fragmentariamente, la sanción de las afectaciones de mayor o menor gravedad de los bienes jurídicos; tarea que deberá ser desarrollada desde una posición cuantitativa, pues es la menor o mayor gravedad del injusto — analizada en su contenido normativo — la que determinará la presencia o ausencia de la identidad de fundamento.

3.2.3. Sobre los Criterios Procesales Necesarios para Efectivizar al “ne bis in ídem”, ante la Concurrencia de una “Sanción o Proceso Penal” y una “Sanción o Procedimiento Administrativo Sancionador”, por el mismo Fundamento

Desarrollada la cuestión sustantiva del objeto de esta tesis, en el presente acápite se desarrollarán las propuestas de solución procesales elaboradas para sortear las posibilidades de transgresión de la garantía objeto de estudio, ante la existencia de múltiples procesos penales y/o administrativos contra la misma persona (identidad de persona), por los mismos hechos (identidad de hecho) y por el mismo fundamento (identidad de fundamento).

Para ello se debe tener en cuenta que el alcance del contenido de la garantía estudiada abarca la proscripción de la existencia de dos procesos sucesivos o simultáneos dentro del orden penal, asimismo la proscripción de dos procesos sucesivos o simultáneos dentro del orden administrativo y, por último, la prohibición de la incoación un proceso sancionador en el orden penal y otro simultáneo o sucesivo en el orden administrativo, todos claro está con la presencia de las tres identidades de marras.

Ahora, conforme se ha anunciado, el objeto de la problemática planteada se circunscribe al último supuesto señalado, debiendo desarrollarse los criterios procesales que han sido postulados, hasta el momento, para evitar el avasallamiento de esta garantía, ante la presencia de un proceso sancionador en el orden penal y otro en el orden administrativo; surgiendo tres escenarios distintos, en los cuales la teoría ha esbozado una serie de propuestas de solución, tal como se expondrá a continuación.

3.2.3.1. La Vigencia del “ne bis in ídem” ante la Incoación de un Proceso Penal y un Proceso Administrativo Sancionador Simultáneo.

Como resalta Reátegui (2006), en su estudio ya citado, si se ha concluido legislativamente que ambas sanciones son parte de una única potestad punitiva, con mayor razón ambos procedimientos deben ser considerados de igual naturaleza punitiva (p.94); por lo que, al tener la misma naturaleza y al constatarse la triple identidad, debe incoarse un solo proceso sancionador, pero la pregunta es cuál de ellos.

De acuerdo a la legislación nacional debe regir en este caso el “principio de preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo”, el cual, en palabras del profesor Núñez (2012), significa que “la autoridad penal adquiere competencia exclusiva sobre la calificación penal y de vincular con sus decisiones a la administración” (p.121).

En efecto, “la preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador” encuentra su fundamento en la “Constitución Política”, la cual en su Art. 159°.5 establece que el ejercicio de la acción penal (y por lo tanto la calificación de si la conducta es delictiva o no) le corresponde al Ministerio Público. Asimismo en su Art. 139°.2 la carta magna nacional señala que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones; por lo tanto, si un mismo ilícito es conocido a la vez por ambas autoridades, entonces esta última debe suspender el procedimiento administrativo y remitir todo lo actuado a la autoridad penal, con el fin de garantizar la competencia de la jurisdicción penal de conocer los delitos, así como evitar una eventual transgresión del “*ne bis in ídem*”.

En la misma línea, el Código Procesal Penal, en el Art. III de su Título Preliminar, regula expresamente que el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo, lo cual reafirma el criterio de

preeminencia del proceso penal, sobre el derecho administrativo sancionador. De manera similar, el “Tribunal Constitucional Español” ha establecido el principio de “Subordinación de la autoridad Administrativa a la Autoridad Judicial”, el cual manda que, frente a una colisión entre una actuación administrativa y otra jurisdiccional tenga que resolverse en favor de esta última (“Tribunal Constitucional Español”, Sentencia N° 77/1983, Fundamento N° 3).

A tenor de dichos postulados, se puede apreciar que el “principio de preeminencia del orden penal sobre el administrativo” no sólo evita la vulneración del “*ne bis in ídem*”, sino que también permite que no se alteren las competencias de los órganos constitucionales. Así, en consonancia a la literatura expuesta, resulta ilícito que un funcionario público, perteneciente a una entidad administrativa, se avoque a conocer un hecho de connotación penal, pues, como refiere Nuñez (2012) dicha conducta podría incluso subsumirse en conductas delictivas, como usurpación de funciones, omisión de denuncia e incluso avocamiento indebido (p. 124).

Así, ante la disyuntiva que enfrentaría la autoridad administrativa, de emitir o no lo actuado en un procedimiento administrativo a la autoridad penal, de acuerdo a esta regla procesal, sería incorrecto que la misma se encargue de calificar una conducta como delito, sino que basta que encuentre en ella cierta connotación penal, para que se abstenga de proseguir con el procedimiento administrativo y remita todo lo actuado a la autoridad fiscal, quien se encargará de realizar la correcta calificación jurídica penal.

Como antecedente a lo dicho, en el ámbito del derecho concursal, se intentó regular, mediante la Ley General del Procedimiento Concursal, en su artículo 131°, lo siguiente: “Si a criterio de la comisión la infracción reviste especial gravedad, ésta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes”; siendo dicha norma un ejemplo de la mala

aplicación de la regla de “preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador”, pues mediante este dispositivo legal se vulneró la atribución constitucional que tiene el Ministerio Público para calificar un hecho como delito y se otorgó un excesivo poder discrecional a la autoridad administrativa para determinar que conductas consideradas «graves» debían ser investigadas por el Ministerio Público, cuestión que fue finalmente corregida por el decreto legislativo Nro. 1050, que derogó el Art. 131° de la “Ley General del Sistema Concursal”, evitando la continua vulneración a la regla de preeminencia del derecho penal.

Por otro lado, un ejemplo de una adecuada regulación legal ha sido destacado por el profesor Rodríguez (2008), quien destaca que en el artículo 8 del D. Leg. N° 813 (“ley penal Tributaria del 20 de abril de 1996”), se regula que la autoridad tributaria deberá limitarse a comunicar al fiscal los indicios de comisión delictiva para que sea éste quien, después de la correspondiente calificación, disponga lo que considere pertinente de acuerdo a sus funciones (p.167)

Como se puede apreciar, en este primer escenario, el estado de la cuestión teórico se inclina por la aplicación de la regla de “preeminencia del derecho procesal penal sobre el administrativo”; no obstante, como se ha visto en los dispositivos normativos expuestos, es necesario que dicho desarrollo teórico sea pergeñado, con el fin de otorgar sustento dogmático a las normas legales, que regulen los distintos radios de acción de las autoridades administrativas y penales involucrados en esta situación.

3.2.3.2. La incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa posterior.

De acuerdo a la regla de la “preeminencia del orden penal sobre el administrativo”, la administración ha de remitir las actuaciones a la autoridad penal y abstenerse de continuar conociendo el caso, en espera de la resolución final de la autoridad penal; no obstante, una vez que la autoridad penal resuelva el proceso ¿Qué es lo que debe hacer la

administración?

Al respecto, se tiene al estudio “Derecho Administrativo Sancionador”, del administrativista Nieto (2005), quien explica este segundo escenario, al señalar que la sentencia penal despliega sus efectos hacia “dos direcciones: atrás, pues la posibilidad de que vaya a existir una sentencia penal suspende la continuación de las actuaciones administrativas previas a ella; y hacia adelante, pues las actuaciones administrativas posteriores se encontrarán condicionadas por el contenido de la sentencia penal” (p.496).

Es esta segunda dirección la que nos interesa, pues a partir de ella la sentencia penal condiciona a la administración, en cuanto a su potestad de iniciar posteriormente un procedimiento administrativo sancionador contra el ciudadano absuelto o condenado penalmente.

Así, como antecedente, el “Tribunal Constitucional Español” ha desarrollado el criterio directriz de «vinculación de los hechos probados», dejando en claro que los hechos probados en el proceso penal son vinculantes para un eventual procedimiento administrativo sancionador, pues los mismos hechos no pueden, a la vez, existir para un órgano del estado y dejar de existir para otro (“Tribunal Constitucional Español”, Sentencia N° 77/1983 del 3 de octubre, Sentencia N° 25/1984 del 21 de mayo).

A partir de esta regla procesal, esbozada por el “Tribunal Constitucional Español”, se debe tener en cuenta que los efectos sobre un eventual procedimiento administrativo sancionador van a ser muy distintos, dependiendo de si la resolución judicial condena o absuelve al procesado. Al respecto se han esbozado diversas propuestas de solución doctrinales y jurisprudenciales en el derecho nacional y comparado, las cuales coinciden en que si la resolución penal es condenatoria quedará proscrito un posterior proceso administrativo sancionador y si es absolutoria podrá reabrirse el mismo, con el fin de procesar y eventualmente sancionar el ilícito administrativo, siempre y cuando se

respete los hechos probados en el proceso penal.

Así, La Sala de lo Contencioso, del Tribunal Supremo Español ha propuesto que, si el juzgado penal declara que los hechos no han existido, entonces la administración no podrá imponer sanción alguna sobre ellos; si el juzgado penal declara que los hechos sí han existido, pero absuelve por otras razones, entonces la administración puede considerarlos para valorarlas desde la noción del injusto administrativo; y, si el tribunal penal concluye que el *factum* carece de prueba, entonces la administración podrá probarlos en el procedimiento administrativo (STS N° 2602/1999 del 19 de abril, recopilado por Cabrera, 2014, p. 9).

De manera más detallada, el profesor De la Rosa (2003), en su investigación denominada “*Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. En especial, el principio non bis in idem*” ha señalado que debe distinguirse entre los supuestos que siguen: a) cuando hay un sobreseimiento por inexistencia del hecho o falta de participación del imputado, la administración no podrá abrir expediente administrativo; b) cuando se da sobreseimiento por atipicidad penal de los hechos, la administración sí podrá abrir expediente administrativo; y c) si existe sobreseimiento por falta de acreditación de hechos, entonces la autoridad administrativa sí podrá aperturar expediente administrativo (pp.128-129).

Sobre lo mismo, el profesor nacional Nuñez (2012) ha manifestado que, en caso el órgano jurisdiccional emita condena, la administración se encontrará impedido de sancionar, pero si el órgano jurisdiccional absuelve, entonces la administración no tendrá impedimento para continuar con el procedimiento administrativo, pero siempre que respete los hechos probados en sede judicial (p.128).

Como se puede apreciar, el estado de la cuestión actual, sobre los criterios procesales que deben ser tomados en cuenta en el presente escenario, carece de la totalidad de soluciones, que permita abarcar a todos los supuestos procesales que se pueden dar en la práctica procesal,

pues con dichas propuestas se está generalizando la solución a dos casos distintos, que ameritan una solución propia: A) El caso en que el “ilícito administrativo” es idéntico al “ilícito penal”, y por lo tanto hay una identidad de fundamento plena y B) el caso en que el “ilícito penal” tiene un “plus de antijuridicidad” en relación al “ilícito administrativo”, abarcándolo y superándolo en su ilicitud; panorama diverso que requiere soluciones diferenciadas, que serán materia de desarrollo en la presente investigación.

3.2.3.3. “La Vigencia del *ne bis in idem* cuando se ha Impuesto una Sanción Administrativa y Posteriormente pretende intervenir el Derecho Penal”

Finalmente, desde la academia se han elaborado criterios procesales, no sólo para la situación en que la administración conoce un hecho con índole penal, sino también cuando la misma incumple la regla de “preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sancionador” e ilegalmente, sea por negligencia o deliberadamente, sanciona una conducta, que además de configurar una infracción administrativa constituye también un ilícito penal.

Si bien es cierto, el desarrollo doctrinal y legislativo que ha tenido este asunto (el más sensible en lo relacionado al “*ne bis in idem*”) es aún incipiente, también es cierto que han existido algunas propuestas muy interesantes y rescatables de derecho nacional y comparado, de cuyos aciertos y errores se debe partir, con el fin de proponer, como resultado de esta investigación, una solución jurídica que permita el respeto de la garantía del “*ne bis in idem*” al ciudadano, pero sin alejarse del piso de la realidad y volar demasiado, en lo que Rudolph von Ihering llamaba «el cielo de los conceptos jurídicos»¹⁸.

18 “(...) en el cielo de los conceptos jurídicos, esto es, de espaldas a la realidad” (Ihering, citado por Muñoz, 2001, p.102).

A) El criterio de la Compensación.

Así, en primer lugar, el “Tribunal Constitucional Español” desarrolló el criterio procesal de la compensación, el cual propone la vigencia de la sanción administrativa vertida sobre el ciudadano y la posibilidad de que se realice un sucesivo proceso penal por el mismo ilícito previamente sancionado, en el cual, en caso imponerse una pena, se descontará la sanción administrativa de la sanción penal (“Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 2/2003 del 16 de enero, Fundamento N° 6”).

Este mismo criterio ha sido adoptado por el “Tribunal Constitucional Peruano”, en la sentencia expedida en el Expediente N° 00361-2010PA/TC, en cuyos fundamentos jurídicos N° 03 y 04, señala que la eficacia del “*ne bis in ídem*”, será improcedente cuando la medida de gravamen haya sido impuesta, primero, por un órgano administrativo, y luego, por un juez penal, pues no puede equiparse el juicio jurisdiccional con el juicio administrativo y menos que lo resuelto en autoridad administrativa sea óbice de la potestad jurisdiccional; sin embargo, como apunta Boyer (2012), el Tribunal no olvida el principio de proporcionalidad y recuerda al juez penal que tenga en consideración la sanción administrativa impuesta efectivamente al entonces administrado, para efectos de graduar la pena (pp. 329-330).

El criterio del descuento fue novedoso; sin embargo, fue omiía realizar una plena protección de la vigencia del “*ne bis in ídem*”, pues si bien garantiza la vigencia del “*ne bis in ídem*” material, al evitar la desproporcionalidad de la reacción punitiva del Estado, olvidaba el contenido del “*ne bis in ídem*” procesal, al procesar nuevamente al ciudadano por la realización de un mismo ilícito, que ya fue previamente procesado y sancionado por el brazo punitivo administrativo del Estado, sometiendo a la persona a un constante estado de inseguridad jurídica, en el cual tiene que desarrollar su vida con la espada de Themis suspendida sobre ella.

Ante esta crítica, el “Tribunal Constitucional Español” planteó que la

prohibición del múltiple “procedimiento sancionador” sólo se vulnera si ambos procedimientos han sido vertidos salvaguardando las garantías; por lo que, la existencia de un primer procedimiento, expedido sin haber respetado la preeminencia del orden penal, no será obstáculo para la promoción del segundo procedimiento (“Sentencia del “Tribunal Constitucional Español N° 2/2003. Fundamento N° 8”).

No obstante, manteniendo la línea crítica, el profesor Muñoz (2001), en su investigación titulada “*La Nueva Configuración del Principio Non Bis In Idem*”, cuestionó la postura de la compensación, al señalar que, además de la vulneración del “*ne bis in ídem*” procesal, en la práctica dicho criterio tendría severos óbices, por ejemplo en el caso en que la sanción penal sea una pena privativa de la libertad y la sanción administrativa una multa, pues si bien se podría acudir a las reglas de conversión de pena, muchas veces la multa administrativa, al ser cuantiosa, agotaría a la sanción penal; siendo imposible hacer un descuento propiamente dicho (pp. 85-86).

B) El criterio de la nulidad de la sanción administrativa.

Por otro lado, existe el criterio procesal de la “nulidad de la sanción administrativa”, explicado por el profesor Muñoz (2001), en el estudio citado *supra*, quien sustenta que, para sortear la transgresión de la garantía objeto de estudio, se postula la vigencia de la sanción penal posterior, pero con la consecuente nulidad de la sanción administrativa, remitiéndose al condenado a la vía administrativa o contenciosa administrativa, para que ésta declare la nulidad (p. 86).

Así, aterrizando dicho antecedente teórico al ordenamiento jurídico nacional, es posible afirmar que la nulidad de la sanción administrativa, de acuerdo a la LPAG Nro. 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), se fundamentaría en la vulneración del ordenamiento jurídico que significó dicho acto administrativo (vulneración de la preeminencia

del derecho penal), en la incompetencia de la autoridad administrativa que emitió dicha sanción (invasión a competencias reservadas a la autoridad penal) o incluso en la posible ilicitud criminal del actuar administrativo (avocamiento indebido o usurpación de funciones).

Como se puede apreciar, dicha propuesta procesal encuentra su fundamento en una radical postura de la regla de preeminencia de la jurisdicción penal, pues esta conocerá el ilícito ya sancionado por la administración sin considerar la sanción administrativa que ésta última ya ha impuesto, otorgando al ciudadano la facultad de solicitar frente a la administración la nulidad de la sanción ilegalmente impuesta.

No obstante, dicha propuesta teórica ha sido duramente criticada por el profesor López (2004), quien, en su estudio titulado “*El principio del Ne bis in idem*”, señala que el criterio de la “nulidad de la resolución administrativa” olvida que el ciudadano ya fue objeto de un proceso sancionador previo que culminó con una sanción en el orden administrativo y que, lejos de otorgarle una solución, se lo somete a un nuevo proceso sancionador en el orden penal y a un constante estado de peregrinaje procesal, dentro del cual mendigará la nulidad de la primera sanción ilegalmente impuesta (pp. 55-56).

Del mismo modo, dicho criterio ha sido criticado por el profesor Muñoz (2001); quien, en su investigación referenciada supra, señala que el imponer sucesivamente la sanción penal y esperar que el ciudadano posteriormente solicite la nulidad de la sanción administrativa, implicaría una tercera aflicción al ciudadano, consistente en deambular entre una u otra jurisdicción para conseguir la nulidad que éste ni siquiera ocasionó (Muñoz, 2001, p. 231).

Es en base a dichos cuestionamientos, que la propuesta de nulidad de la sanción administrativa ha tenido muchos óbices para ser considerado un criterio procesal definitivo, que permita la vigencia del “*ne bis in idem*”, ante el escenario descrito; debiéndose tener presente que esta teoría, al descender a la arena de la realidad, encontraría muchos

inconvenientes, pues el aguardar que la propia autoridad administrativa declare nulo el acto administrativo que contiene la sanción, o que en instancia contenciosa administrativa declare la nulidad del mismo, implicaría el transcurso de un tiempo considerable, más aún en un sistema judicial como el nuestro, plagado de procedimientos burocráticos y de sobrecarga procesal, generando que el ciudadano se encuentre durante un largo periodo de tiempo sometido a los órganos sancionatorios; percibiendo indefectiblemente lesionado su garantía al “*ne bis in ídem*” procesal, que hasta el momento parece simple letra sobre papel mojado.

C) El criterio cronológico.

En otro extremo, existe el criterio cronológico, pergeñado inicialmente por el “Tribunal Constitucional Español”, a través del cual postuló que, dado el caso en que se sancione un injusto por una consecuencia jurídica (sea administrativa o penal), esta sanción elimina la posibilidad de que se vuelva a procesar o eventualmente sancionar la misma conducta, por cualquiera de estos órdenes jurídicos (claro está ante la presencia de la triple identidad tantas veces mencionada); es decir, de acuerdo a este criterio procesal, prevalecerá la primera sanción que se ha impuesto al ciudadano, sin interesar el orden punitivo que la emitió (“Tribunal Constitucional Español”, Sentencia N° 177/1999 de 14 de Octubre, Fundamentos N° 2; 4 y 5).

El profesor Muñoz (2001), en el trabajo referenciado supra, realizó una exégesis positiva de esta sentencia del “Tribunal Constitucional Español”, manifestando que fue la idea de justicia la que orientó al “Tribunal Constitucional Español” a reconocer que la pena impuesta posteriormente a la sanción administrativa transgredía el “*ne bis in ídem*” y, dado que las propuestas de la compensación o la nulidad resultaban insatisfactorias, dicho Tribunal no tuvo más opción que apelar a un criterio de justicia material, que le permita prevalecer la vigencia de un derecho fundamental frente a la competencia jurisdiccional penal (p.70).

De la misma manera, el profesor Nieto, citado por Muñoz (2001),

inclinándose en favor de esta postura, manifiesta que el criterio más adecuado es el “cronológico”, esto es que la primera sanción impide la segunda, cualquiera sea el orden en que se expidió, a tal grado que una sanción administrativa pueda impedir *per se* posteriores acciones penales (p. 69).

En el ámbito nacional, este criterio procesal ha encontrado eco en el trabajo referenciado líneas arriba del profesor Núñez (2012), quien, concluye que, si bien es cierto el principio de preeminencia del proceso penal es importante, más importante es que el mismo sea aplicado en respeto y consonancia al “*ne bis in ídem*”, de tal manera que si el Estado ha sancionado un hecho (con ropaje administrativo o penal) no puede el mismo Estado sancionar penalmente un mismo *factum*, justificándose en el prealecimiento a como de lugar de la jurisdicción, así ello implique lesionar los derechos fundamentales del ciudadano (pp. 128-131).

Al respecto, se debe señalar que, en el desarrollo teórico que nos atañe, no sólo doctrina nacional y española han fundamentado este criterio, pues como rescata el profesor San Martín (2005), el Tribunal de Estrasburgo también se ha pronunciado al respecto, al señalar, en la sentencia del “Tribunal Europeo de Derechos Humanos” del Caso “W.F.C vs. Austria ss. 26f.m”, que “si las figuras penales o la infracción administrativa y el tipo penal no difieren en sus elementos esenciales, no puede iniciarse un segundo procedimiento, en cuyo caso, sin interesar en qué ordenamiento está prevista la primera sanción, debe regir ésta y anularse el segundo procedimiento” (pp. 16-17).

Finalmente, criticando el criterio cronológico y volviendo, con ciertos matices, al criterio de la nulidad, el profesor Cano (2001), en su estudio denominado “*Non Bis In Idem, Prevalencia de la Vía Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*”, en base a la prejudicialidad procesal y a la punibilidad (condiciones objetivas de punibilidad) propone que, lejos de aplicar el criterio cronológico, lo adecuado es implementar el criterio de la “nulidad de la sanción administrativa”, cuya declaración deberá constituir un presupuesto lógico

jurídico del pronunciamiento penal, es decir, deberá condicionar el contenido de la decisión final, conformando, de esta manera, un supuesto de prejudicialidad, de índole devolutiva (en cuyo caso será el juez contencioso administrativo quien decida sobre la validez de la sanción administrativa impuesta) o no devolutiva (en cuyo caso el juez penal podrá pronunciarse sobre dicha validez), sin el cual no será posible decidir sobre el delito y la consecuente pena (pp. 41-42).

De lo expuesto, se cristaliza que el estado de la cuestión sobre los criterios o reglas procesales a seguir, para efectivizar la garantía del “ne bis in ídem”, ante la concurrencia de una “sanción o proceso penal” y una “sanción o procedimiento administrativo sancionador”, es totalmente controversial, existiendo una serie de vacíos teóricos, que generan la necesidad de llevar a cabo esta investigación, para que, en base a los lineamientos esbozados en este capítulo y con propuestas afines a nuestro ordenamiento jurídico procesal, se pueda construir reglas procesales, que, en la práctica, garanticen el contenido esencial del “*ne bis in ídem*”.

4. TOMA DE POSTURA

4.1. **“Sobre la Diferencia Cuantitativa entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador y la consecuente consideración del Contenido del Injusto como Identidad de Fundamento del *ne bis in ídem*”.**

Sobre los dos primeros puntos que conforman la problemática planteada, y, en base a las conclusiones provisionales arribadas en el desarrollo del estado de la cuestión, el autor sustenta una posición cuantitativa que diferencia el ilícito penal del ilícito administrativo, sosteniendo que ambos injustos tienen una identidad estructural y teleológica, diferenciándose, únicamente, en cuanto a la gravedad o intensidad del objeto conductual que recogen en un “injusto administrativo” o en un “injusto penal”, el cual, respecto al primero, debe contar con un plus de antijuricidad que fundamenta su diferencia, la misma que se traduce normativamente en cada uno de los elementos esenciales del injusto.

En ese sentido, para determinar la “identidad de fundamento”, entre un “injusto administrativo” y un “injusto penal”, es necesario realizar un análisis comparativo cuantitativo entre los contenidos normativos de ambos injustos; de tal manera que, si coinciden en sus elementos constitutivos esenciales, entonces se podrá afirmar que se está ante un mismo fundamento sancionador y, por ende, frente a la transgresión de la garantía objeto de estudio.

Ahora bien, para sustentar estos puntos centrales de la presente tesis, se desarrollará un análisis inductivo mediante el cual, partiendo de estas dos premisas menores, será posible identificar las premisas dogmáticas mayores que permiten llegar a esta conclusión teórica.

Así, se ha señalado, en primer orden, que el injusto penal, como el

injusto administrativo, tienen una identidad sustancial debido a su homogeneidad estructural. Esta aseveración encuentra sustento en el hecho de que tanto el injusto penal, como el injusto administrativo, suponen la presencia de dos pilares dogmáticos basilares: primero, que el comportamiento evaluado supone la “lesión de la voluntad general objetiva descrita en la norma” – lo que a su vez conlleva a la “lesión de los intereses generales que constituyen dicha voluntad general” – y, en segundo lugar, la subjetividad del sujeto destinatario de la norma al momento de desobedecerla; de tal manera que no cabe, bajo ninguna circunstancia, afirmar la presencia de un injusto no culpable– culpabilidad que, de acuerdo al finalismo welseliano, será plasmada en la tipicidad subjetiva de la conducta constituyente del injusto–.

Este primer punto es trascendente, pues, además de sustentar la homogeneidad dogmática entre ambos injustos, tiene como principal consecuencia que el principio de culpabilidad se aplique en ambos órdenes, a través de la responsabilidad subjetiva que, progresivamente, está dejando de ser flexibilizada en el ordenamiento administrativo nacional; pues, tal como resalta Baca (2019), solo una acción típica, antijurídica y culpable (que no es otra cosa que la definición de infracción o de delito) justifica la imposición de una sanción (pp.317-318).

Por otro lado, la segunda conclusión que sustenta la homogeneidad estructural del injusto administrativo y penal, radica en que, si bien el núcleo de ambos injustos es la contravención subjetiva de una norma, es también necesario encontrar una antijuricidad material manifestada por la afectación de los “bienes jurídicos”, contenidos a la vez en la Carta Magna; pues el legislador no establece sus mandatos o prohibiciones –de índole penal o administrativo– para someter a los ciudadanos, sino para plasmar una situación valioso o evitar la generación de un daño.

En ese sentido, la diferencia entre el “injusto penal” y el “injusto administrativo” sustentado en que la infracción administrativa no es “antijurídica”, esto es no protege “bienes jurídicos”, sino sólo “antiadministrativa” –es decir constituye una “mera desobediencia” al

servicio del orden y el bienestar, propio de un simple derecho de policía, como afirmaba Fauerbach, o un derecho éticamente incoloro como afirmaba Goldschmidt— se encuentra totalmente superado; pues, ha quedado demostrado que también las infracciones administrativas precisan del elemento de la antijuridicidad material y, con ello, de la afectación de un bien jurídico.

En otras palabras, tanto el “injusto penal” como el “injusto administrativo” tienen la misma naturaleza de antijuridicidad formal (contrariedad a la norma) y antijuridicidad material (afectación de “bienes jurídicos”); los cuales, dado la naturaleza de la antinormatividad, no pueden separarse del plano subjetivo, incluso si se parte desde la antijuridicidad material, cuya plena significación exige la valoración de la intencionalidad o negligencia de la ofensividad; siendo estas premisas dogmáticas las que permiten afirmar que tanto el injusto administrativo, así como el injusto penal, tienen homogeneidad estructural.

En efecto, el hecho de que el ataque a un bien jurídico, mediante la realización de una conducta plasmada en la norma, constituya la base estructural del injusto administrativo y penal, nos permite señalar que la razón, causa y fundamento de la “sanción administrativa” y “sanción penal” es la conducta atentatoria del bien jurídico, que se encuentra delimitada en el contenido normativo de la infracción administrativa o delictual; por lo tanto, ante la pregunta ¿por qué sancionan el “derecho penal” o el “derecho administrativo sancionador”? Existe una respuesta uniforme y, por ende, un solo fundamento, que no es otro que la afectación de un bien jurídico descrito en el contenido normativo de la infracción administrativa o el tipo delictivo.

Por otro lado, se señala, también, que el injusto penal, como el injusto administrativo, tienen una identidad sustancial debido a su homogeneidad teleológica. Esta aseveración encuentra sustento en que ambas ramas jurídicas tienen como fin la protección de “bienes jurídicos”.

Sin embargo, encontrar el porqué no basta para sustentar la identidad

de fundamento entre ambas sanciones, sino que, es necesario también, preguntarnos el ¿Para qué? y, por ende, encontrar la finalidad principal de la sanción penal y la sanción administrativa, la cual, de acuerdo a esta tesis, es la tutela de bienes jurídicos. Ahora, para dar respuesta a esta pregunta, ha sido de gran utilidad desarrollar y analizar, en el estado de la cuestión, la manera en que ha evolucionado el concepto y contenido del bien jurídico, desde las épocas del iluminismo— atravesando por corrientes iusracionalistas naturalistas, positivistas, espiritualistas, axiológicas, lógico-jurídicas, culturales, negacionistas, existencialistas, estructurales, funcionalistas— hasta llegar a nuestros días, en los que predominan las teorías constitucionalistas del bien jurídico, las cuales, precisamente, nos permiten responder a esta segunda pregunta y brindar asidero al planteamiento de esta tesis.

Así, conforme a los lineamientos expuestos en el estado de la cuestión, para desarrollar la postura del autor se tomará como base teórica que La Carta Magna es la referencia, marco o faro que da luz al contenido material del bien jurídico, el cual no podrá sustentarse en cuestiones morales, ideológicas, autoritarias y demás reglas desarrolladas en el párrafo antecedente, sino en valores esenciales recogidos por la Carta Magna en base al filtro de donosidad social.

Entonces, el bien jurídico será aquella relación individual o colectiva, de un sujeto con un objeto, valorada positivamente por la Constitución, tratados de Derechos Humanos y demás normas de rango constitucional y supraconstitucional, de tal manera que, en base a los mismos principios constitucionales del programa penal (proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad) las afectaciones más graves a los “bienes jurídicos primarios” son reguladas por el derecho penal; mientras que las ofensas a los bienes jurídicos secundarios o las ofensas menos graves a los bienes jurídicos primarios serán regulados por otros mecanismos punitivos menos intrusivos, como el derecho administrativo sancionador, fungiendo ambos órdenes como mecanismos de control social formal protectores de bienes jurídicos; protección ejercida a través

de la individualización y descripción de ofensas de mayor o menor gravedad, respectivamente.

Ahora bien, de ello, se puede deducir, en primer lugar, que el bien jurídico es la relación individual o colectiva del sujeto con el objeto, la cual está valorada y recogida por la Carta Magna, Tratados Internacionales y demás normativa de rango constitucional o supraconstitucional; sin embargo, al ser la Carta Magna el referente dinámico y abierto del contenido del bien jurídico, el cambio del entorno social puede, en contexto con el filtro de donosidad social, dinamizar dicho contenido constitucional, manteniéndose, no obstante, perenne la consideración de la dignidad del hombre y de los derechos fundamentales como fin supremo de todo poder público.

En efecto, desde la prohibición constitucional de exceso, el orden penal solo puede salvaguarda bienes jurídicos y desde la línea de prohibición de defecto, el Estado no puede dejar sin protección bienes jurídicos secundarios, ni los primarios ante las lesiones menos graves, los cuales, de acuerdo al principio de intervención mínima, deberán ser protegidos por otros mecanismos como el derecho administrativo. En ese sentido, tanto la “norma penal”, como la “norma administrativa sancionadora”, reciben el designio constitucional de individualizar y describir las ofensas a los bienes jurídicos más y menos graves, respectivamente; actuando en calidad de mecanismos de control social formal que tienen como encargo constitucional la tutela de bienes jurídicos¹⁹.

Ahora bien, es esta función tuitiva de bienes jurídicos lo que le otorga a éstos la funcionalidad de fungir como elementos estructurales del injusto

19 Haciendo una pequeña regresión es importante mencionar que las bases dogmáticas que afirman que el derecho administrativo sanciona conductas que atentan contra bienes jurídicos han sido de recibió no sólo por la jurisprudencia nacional, sino también por la propia ley; pues el propio Art. 249° de la “Ley de Procedimiento Administrativo General” –Ley Nro. 27444– reconoce que el Derecho Administrativo garantiza la tutela de bienes jurídicos; verificándose, de esta manera, que tanto de la doctrina, de la jurisprudencia, como de la norma fluye que tanto el orden penal como el orden administrativo sancionan conductas que afectan bienes jurídicos.

(desde la tipicidad y antijuricidad o como categoría conglomerante entre tipicidad y antijuricidad) por lo que, tanto el alcance prohibitivo de su ofensividad, que dimana de todo el ordenamiento jurídico, como la descripción de las conductas que, con mayor o menor gravedad, lo lesionan se encuentran en el contenido del injusto administrativo o penal, respectivamente.

Así, tomando como base que, tanto la sanción penal como administrativa, son vertidas porque se ha atentado contra un bien jurídico — dando respuesta al porqué de la sanción— y para proteger bienes jurídicos — dando respuesta al para qué de la sanción— es que se llega a concluir la plena posibilidad de determinar el contenido de la “identidad de fundamento, entre una sanción o proceso penal y una sanción o procedimiento administrativo sancionador”; pues ambos están encaminados a regular, fragmentariamente, la sanción de las afectaciones de mayor o menor gravedad de los bienes jurídicos para salvaguardar su protección; tarea que deberá ser desarrollada desde una posición cuantitativa, pues es la menor o mayor gravedad del injusto — analizada en su contenido normativo — la que determinará la presencia o ausencia de la identidad de fundamento.

No obstante, como se ha expuesto en el planteamiento del problema, el Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida en el expediente .Nº2050-2002-AA/TC, señala que la identidad del fundamento, propia del “*ne bis in ídem*”, está conformado únicamente por el bien jurídico protegido; conclusión que no es suficiente y que debe ser complementada y robustecida dogmáticamente, pues, como se ha concluido en el acápite anterior, el fundamento de la sanción penal o de la sanción administrativa no es solamente el designio constitucional de recoger para tutelar un determinado bien jurídico; sino, y sobre todo, describir e individualizar normativamente la conducta, más o menos grave, que ofenden al mismo.

Entonces, es de esta virtualidad fragmentaria que fluye la necesidad de que la identidad de fundamento adquiera un contenido normativo más

concreto, que abarque la totalidad del contenido del injusto — tanto al alcance prohibitivo de ofensividad al bien jurídico, que dimana de todo el ordenamiento jurídico y, sobre todo, a la descripción de las conductas que, con mayor o menor gravedad, lo lesionan y que fundamentan, en esencia, la intervención de alguno de estos dos órdenes jurídicos— punto dogmático que permitirá realizar su análisis, garantizándose la vigencia la garantía estudiada, en ambos órdenes punitivos.

Como se puede apreciar, esta premisa es coherente con la conclusión arribada, al momento de desarrollar la evolución estructural del contenido del injusto²⁰, pues, al otorgar al contenido del injusto la virtualidad de incluir tanto al alcance prohibitivo de ofensividad al bien jurídico — que dimana de la Constitución— como a la descripción de las conductas que, con mayor o menor gravedad, atentan contra los bienes jurídicos, se está reconociendo que, tanto el injusto administrativo como el injusto penal contienen fragmentariamente los elementos de antijuricidad formal (contrariedad a la norma) y antijuricidad material (transgresión de bienes jurídicos protegidos); ratificándose la plena necesidad de que el contenido normativo del injusto — con cada uno de los elementos del tipo penal o administrativo como la acción típica, el resultado (si lo hay), el objeto material de la acción, sus elementos normativos y descriptivos; más la antijuricidad material irradiada de la Constitución en los elementos esenciales del injusto— sustenten el fundamento de la sanción administrativa o penal.

Así, el profesor Coria (2006) señala la necesidad de otorgar un contenido normativo concreto a la identidad de fundamento, dejando en claro que debe concederse al “*ne bis in idem*” de “contenido normativo”, de tal manera que la proscripción de sancionar más de una vez debe regir siempre que nos encontremos ante el mismo “contenido de injusto de la infracción”, sin que resulte importante si ese contenido está regulado en una norma administrativa o penal (p.4).

20 Ver Supra: acápite “Sobre el contenido del injusto”

En la misma línea, el profesor San Martín (2012), infiere que la “identidad de fundamento”, propia del “*ne bis in idem*”, como piedra basilar de la teoría de los concursos, está conformado por el contenido del injusto de ambas consecuencias punitivas, estableciendo que, cuando una de las normas jurídicas basta para valorar todo el hecho delictivo, sólo esa norma se deberá aplicar, quedando las demás soslayadas con el fin de eludir vulnerar el “*ne bis in idem*”; pues, esta garantía rige el concurso aparente, evitando que, por un mismo contenido del injusto, se puedan verter más de una sanción (p.95).

La doctora Pérez (2012), respalda lo dicho, al afirmar que, entender al bien jurídico protegido como identidad del fundamento no establece una suficiente delimitación; pues no se trata de indagar el objetivo en abstracto que la regulación pretende alcanzar, sino de reconocer al interés jurídicamente protegido contenido en la norma, esto es en la configuración de los elementos constituyentes del ilícito, pues al ser los que manifiestan la manera en que se agrede al bien jurídico y, por ende, representan al desvalor específicamente sancionado. En ese sentido, la profesora española resalta la necesidad de examinar la identidad de fundamento con los recursos técnicos del concurso de normas, para diferenciar aquellos casos en que una dualidad de sanciones impuestas o amenazadas a un mismo hecho se ve precedida por dos infracciones con los mismos elementos constitutivos del injusto (escenario en que se deberá afirmar la vulneración del *ne bis in idem*) de los casos en que una doble sanción se imponen o amenazan a un solo hecho pero en base a dos infracciones con diferentes elementos constitutivos del injusto (escenario que, por constituir un concurso ideal, se deberá negar la afectación al *ne bis in idem*) (pp. 119-121).

Ahora bien, esta posición teórica no sólo encuentra respaldo en la doctrina, sino, también, en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos internacionales, los cuales han utilizado al contenido del injusto para determinar si existe “identidad de fundamento” entre dos sanciones, procediendo a analizar y comparar las previsiones normativas que

contienen los injustos que las motivaron, de tal manera que si los mismos se asemejan en sus elementos sustanciales y constitutivos —que no sólo reflejan la ofensividad al bien jurídico contenido en la Constitución, sino, también, la manera, más o menos grave, en que ha sido ofendido— entonces se estaría ante la identidad de fundamento y, por ende, ante la vulneración del “*ne bis in ídem*” independientemente del ropaje penal o administrativo de la sanción.

Así, es oportuno citar, como antecedente jurisprudencial a la resolución emitida por el Tribunal de Estrasburgo, en el caso Franz Fischer vs. Austria, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llega a la siguiente conclusión:

“Ha existido una violación del Artículo 4º del Protocolo 7 del principio non bis in ídem, al considerar que ambas infracciones, es decir, la prevista en el Código de la Circulación, como la prevista en el Código Penal, son sustancialmente idénticas. El demandante fue juzgado y condenado dos veces: por una infracción administrativa de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas y por el delito previsto en el artículo 81º.2 del Código Penal, previsiones normativas que no difieren de sus elementos esenciales. Un examen detenido demuestra que debería haberse perseguido una única infracción delictiva, porque esta abarca todos los elementos de la otra” (Núñez, 2012, pp.406-408)

Del mismo modo, la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en el caso “Loayza Tamayo vs Perú”, ha utilizado el criterio de “comparación de ilícitos”, entre un “delito de jurisdicción común” y un “delito funcional de jurisdicción especial”, al apuntar que:

“En el presente, la Corte observa que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria que está estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de la lectura comparativa del artículo 2, incisos a, b y c del Decreto Ley N° 25659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2 y 4 del Decreto Ley N° 25475 (delito de

terrorismo). Ambos decretos leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos, Por lo tanto, los citados decretos leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana”²¹ (Núñez, 2012, pp.410-411).

De lo dicho se puede afirmar que será el tipo penal o administrativo el que describe el atentado contra el bien jurídico protegido, cuyo contenido material será encontrado en la Constitución; por lo que, para determinar la identidad de fundamento habrá que identificar al bien jurídico recepcionado desde la Constitución por el injusto penal o administrativo y, en segundo lugar, identificar, para comparar, los elementos esenciales del tipo penal y administrativo, que reflejan el valor constitucional protegido; de tal manera que si coinciden en estos elementos esenciales se podrá concluir que están regulando el mismo ataque al bien jurídico dimanado de la Constitución y, por lo tanto, se está sancionando con el mismo fundamento.

Ahora, si bien es cierto, tales posturas, que definen a la “identidad de fundamento” como el “contenido del injusto”, parten de la premisa de que el derecho administrativo y el derecho penal son cualitativamente semejantes, de ninguna manera infieren que siempre habrá identidad de fundamento entre las sanciones vertidas en uno u otro sector punitivo; pues, para determinar si efectivamente existe una identidad de fundamento, respaldan el método comparativo cuantitativo del tipo penal y del tipo administrativo, que permita conocer si con la sanción penal se está respondiendo ante el mismo injusto que con la sanción administrativa.

Al respecto, el profesor San Martín (2005), hace referencia a la

21 Si bien en dicho pronunciamiento la Corte Interamericana de derechos humanos se pronuncia respecto a dos ilícitos penales (delito de traición a la patria y terrorismo), de dicha resolución se rescata el análisis comparativo entre el contenido normativo de cada ilícito, que realiza dicho órgano jurisdiccional, con el fin de determinar la existencia de una identidad de fundamento en ambas regulaciones.

posición del “Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (TEDH), señalando que este máximo tribunal ha sentenciado que, si el tipo penal y la infracción administrativa no se diferencian en sus elementos esenciales, entonces no podrá incoarse un segundo procedimiento, debiendo regir el primero, sin interesar en qué ordenamiento fue vertido (“Tribunal de Estrasburgo del 30.6.2002, Caso W.F.C. vs. Austria. ss. 26f”, recopilado por San Martín. 2005: pp.16-17).

Es a partir de dicho parecer, que doctrinarios, como Claus Roxin, concluyen que la diferencia entre ambos ilícitos debe radicar en el plus de antijuridicidad que tiene este último respecto al primero, de tal manera que “la sanción penal exige, además, constatar un plus de antijuridicidad, por vía de un mayor desvalor de acción o resultado, capaz de diferenciar el ilícito penal de la mera infracción administrativa” (Roxin, 1997, p.88); infiriendo que, de no contar con dicho plus de antijuridicidad— reflejado en la mayor ofensividad del bien jurídico— el ilícito administrativo sería idéntico al ilícito penal, contraviniéndose con ello al “*ne bis in idem*”²².

En la misma línea, Brandariz (2013), después de explicar los modelos extremos de interrelación legislativa entre ambos órdenes— el modelo de independencia del orden penal, en que la tipificación se realiza sin dependencia alguna a la normativa administrativa; y el modelo de accesoriedad absoluta, que expresa la subordinación total de la normativa penal respecto a la administrativa— concluye que el modelo al que están tendiendo los ordenamientos latinoamericanos es el modelo de accesoriedad relativa, en el que existe un sometimiento de la intervención penal respecto a la regulación administrativa, ya que los injustos penales se construyen partiendo de la “infracción de normas” o “autorizaciones administrativas” más un “plus de antijuridicidad” plasmado en un elemento

²² En sentido contrario, el profesor Héctor Rojas, en su libro “Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador”, señala que, afirmar la unidad entre el “ilícito administrativo” el “ilícito penal” no implica colegir que su diferenciación es cuantitativa, pues los parámetros cuantitativos o numéricos no son suficientes para distinguir ambas infracciones. Verbigracia, ha casos en que las sanciones administrativas resultan más aflictivas que las de índole penal (...) tampoco puede admitirse tajantemente que una tentativa de lesiones o de homicidio pueda distinguirse, a través de criterios cuantitativos, de una infracción administrativa sobre salubridad (Rojas, 2015, pp.127-128).

más del tipo penal (pp. 157-159).

Desde la teoría de la imputación objetiva, pero sin abandonar al contenido del injusto como referencia del fundamento sancionador, el profesor Caro (1998) Coria señala que la accesoriadad relativa o limitada del Derecho Administrativo para con el Derecho Penal permite a la justicia penal acudir a la norma administrativa para apreciar el riesgo prohibido administrativamente— el cual tendrá una función indicativa—; con el fin de que, agregando un plus de antijuricidad o de desvalor a ilícito penal, se fijen límites o condiciones mayores a ese límite administrativo, que permita apreciar el ataque al bien jurídico penal, todo ello en consonancia con los “principios de lesividad e intervención mínima” (pp. 18-21).

Así, en base a dicha diferencia fragmentaria entre ambos ilícitos- el penal con un plus de antijuricidad respecto al administrativo— es que la identidad de fundamento— como contenido del injusto— puede ser determinada en base al análisis comparativo cuantitativo entre los elementos constitutivos de los tipos administrativos y penales, tal como han obrado los tribunales internacionales citados; unificando la aplicación del “*ne bis in idem*” en el “orden penal” como en el “orden administrativo sancionador”.

Habiendo sustentado los alcances de la “identidad de fundamento” entre una “sanción penal” y una “sanción administrativa”; es ahora necesario profundizar en aquellos supuestos más proclives a manifestar una superposición de fundamento sancionador, a saber, los injustos que sancionan las conductas atentatorias de los “bienes jurídicos colectivos”; los cuales, producto de la administrativización del derecho penal, han hecho frecuente la contravención al límite cuantitativo entre uno y otro orden.

4.2. “El Aporte de los Delitos de Peligro para la Configuración del Injusto en las Conductas que Atentan contra los Bienes Jurídicos Colectivos”.

Al momento de exponer las teorías cualitativas, cuantitativas, mixtas y formalistas que diferencian ambos ordenes punitivos, se reveló que el punto más crítico, y que ha hecho más necesaria esta distinción, es la superposición del ilícito penal y del administrativo producto de la administrativización del derecho penal, acaecido, precisamente, en las sociedades postindustriales actuales, en las cuales el Derecho Penal ha desbordado los límites cuantitativos o cualitativos— asumidos por una u otra teoría— y ha comenzado a regular conductas que antes eran exclusivamente reguladas por el “Derecho Administrativo Sancionador”.

En efecto, a decir de Virgolini (2008), las actuales sociedades postindustriales, así como la globalización del sistema capitalista, generaron una criminalidad más compleja, sistematizada y poco visible, ejecutada en organizaciones estructuradas y en donde la línea que divide lo permitido y prohibido se volvió más tenue (pp. 54-55). Así, actividades como la masificación productiva, la proliferación industrial, la biogenética, la actividad extractiva, etc., crearon nuevos focos de riesgo para los “bienes jurídicos personalísimos” que no eran protegidos por el “Derecho Penal clásico”; generando que ésta rama punitiva amplíe su intervención a nuevos ámbitos que antes sólo eran protegidos por el “Derecho Administrativo Sancionador”. En pocas palabras, contraviniendo el principio de última ratio y las fronteras —sean cuantitativas o cualitativas— entre uno y otro orden, el derecho penal actual pretendió alcanzar todo rincón de comportamiento antisocial.

En dicha línea, es posible afirmar que este proceso de administrativización generó la disolución de las fronteras entre ambos ordenes jurídicos, evidenciado desde la teoría cualitativa o cuantitativa que diferencia a ambos ordenes: así, desde el plano cualitativo, se puede concluir que el Derecho Penal ha invadido el campo regulado por el Derecho Administrativo cuando, lejos de circunscribirse a la protección de bienes jurídicos, sigue criterios de afectación general o estadística,

operando como reacción ante “conductas de desobediencia” a simples “reglas de ordenación”; y, por otro lado, desde el plano cuantitativo, se puede llegar a la misma conclusión, cuando, lejos de circunscribirse a proteger los “bienes jurídicos” de las afectaciones más graves, los protege, además, de las ofensas menos graves, relegando el plus de antijuricidad que el injusto penal debe tener respecto al injusto administrativo.

Como se puede apreciar, el fenómeno de la administrativización evidencia el plano óntico de la relación existente entre ambos órdenes—que manifiesta la superposición del primero sobre el segundo—; el cual, no se adecúa, en absoluto, al plano deóntico que— dada su diferencia cualitativa o cuantitativa— prescribe la separación de uno y otro orden. Ahora esta, superposición genera que las diferencias formales— en los criterios de tipificación, imputación e incluso sanción— justificadas por la diferencia cualitativa o cuantitativa entre uno y otro orden, se vean diluidas por la confusión o intersección entre uno y otro orden.

Sin embargo, es necesario señalar que no toda expansión del derecho penal debe ser considerada una invasión ilegítima del derecho administrativo, pues los nuevos focos de lesión y peligro de bienes jurídicos, propios de la sociedad postindustrial, han sobrepasado el filtro de dañosidad social y generado que la Constitución tutele nuevos valores u otorgue mayor relevancia a otros ya tutelados; siendo necesario que la norma penal recoja aquellas conductas que atenten contra estos valores que antes no recibían tutela o, de haberla recibido, sólo se encomendaba al derecho administrativo sancionador para sancionar las conductas que los ofendan; cuestión que, en absoluto, significa una justificación de la superposición, sino, todo lo contrario, su cuestionamiento y subsanación a través del replanteamiento de los límites cuantitativos que separa a uno y otro orden.

Al respecto, es necesario señalar que se ha mencionado sólo a los límites cuantitativos porque sólo desde una concepción cuantitativa que diferencia el ilícito penal del ilícito administrativo, podrá justificarse la variación de los límites para concederle a un injusto administrativo la

virtualidad de penal o viceversa, pues es posible que, conservando la esencia de uno y otro ilícito, se varíe su ámbito regulatorio en base a la mayor o menor ofensividad que generan a los bienes jurídicos; discurso que no tiene aplicación posible en la teoría cualitativa, pues dos ilícitos considerados diferentes, en su esencia, no pueden despojarse de la misma para adquirir la cualidad o virtualidad del otro.

En pocas palabras, bajo la teoría cualitativa uno no puede, a suerte de alquimista, convertir un ilícito administrativo en uno penal, como tampoco puede transformar acero en oro; mientras que, desde la teoría cuantitativa, sí es posible, en base a un viraje en la dañosidad social, considerar a un injusto más o menos grave y, por ende, transformar un ilícito administrativo en uno penal o viceversa, como sí es posible fundir oro sobre oro.

Entonces, después de sustentar la conveniencia de acudir a la teoría cuantitativa, para redefinir los límites que separa el ilícito administrativo del ilícito penal, es necesario señalar hasta qué punto la administrativización del derecho penal es justificable y hasta qué punto deberá retroceder para dejar la regulación de determinadas conductas sólo al orden administrativo; sin tolerar, de modo alguno, la superposición entre ambos; pues verbigracia si, en base al cambio de las circunstancias sociales, económicas, ambientales o de otra índole se juzga de mayor gravedad a ciertas conductas transgresoras de bienes jurídicos ya tutelados, que antes eran consideradas de menor gravedad, entonces éstas sólo deberán protegerse por el “Derecho Penal”, dejando al “Derecho Administrativo Sancionador” la protección de conductas menos graves que las primigeniamente consideradas como tales.

Ahora bien, esta tarea delimitadora implicará medidas *de lege ferenda* que faciliten la variación de la frontera entre ambos órdenes, a partir de criterios político criminales que permitan, en base a la trascendencia de los “bienes jurídicos” o la gravedad de sus ofensas— determinadas en base a las nuevas condiciones sociales postindustriales— la redefinición de las fronteras entre uno y otro orden y la distribución de los injustos que serán

sancionados, únicamente, por el “Derecho Penal” y aquellos que serán sancionados, únicamente, por el “Derecho Administrativo Sancionador”; requiriéndose, además, soluciones de *lege lata* que, teniendo como presupuesto la existencia de superposición, eviten la duplicidad de sanciones sobre el mismo injusto en base al análisis comparativo cuantitativo del injusto ya desarrollado.

Así, empezando por esto último, es necesario señalar que la tarea comparativa y delimitadora de injustos es más simple cuando se trata de injustos penales que, por su gran gravedad, se encuentran en las antípodas de los injustos administrativos, como es el caso de los delitos clásicos como el homicidio o la violación sexual, que afectan “bienes jurídicos” personalísimos como la vida o la libertad sexual, los cuales, dado su titularidad personal— así como su manifestación corpórea en un objeto material personalísimo— es factible recoger dogmáticamente— dentro del injusto— las afectaciones que, dentro de un marco causal, acaecen sobre los mismos; pudiendo, fácilmente, observar los elementos constitutivos del injusto (plasmados en el “desvalor de la acción” y “desvalor del resultado”), los cuales reflejarán una gravedad intensa que, de por sí, carecen los ilícitos administrativos, dimanando en una negación de “identidad de contenido del injusto” y, por ende, de la “identidad de fundamento”.

No obstante, se encuentran obstáculos dogmáticos cuando se trata de bienes jurídicos supraindividuales, los cuales, debido al cambio del contexto social propio de las sociedades modernas— que ha gatillado el filtro de dañosidad social— han recibido, de manera primigenia, tutela constitucional o han visto intensificada la tutela previamente recibida.

Haciendo una corta regresión, es importante mencionar que, si bien es cierto los bienes jurídicos colectivos han adquirido una importancia trascendental producto de la sociedad de riesgos actual; también es cierto que —salvando las peculiaridades del contexto histórico, filosófico y social de cada época explicado supra— desde Feuerbach hasta las recientes teorías constitucionalistas han considerado legítimo la sanción de conductas ofensivas de “bienes jurídicos colectivos” por el “derecho

penal”, por lo que su regulación en injustos penales no pueden ser consideradas *per se* como muestra de la administrativización del derecho penal; fenómeno que únicamente deberá abarcar a aquellas afectaciones a bienes jurídicos colectivos en que, incluso valorando las nuevas circunstancias sociales postmodernas recogidas por la constitución, deberían constituir—por su menor gravedad— meros injustos administrativos.

Sobre la constitucionalidad de la protección de los bienes jurídicos colectivos, por parte del orden penal, en reciente sentencia, el “Tribunal Constitucional Peruano” ha establecido que, “detrás de cada tipo penal debe existir un bien jurídico con relevancia constitucional que lo respalde, los cuales pueden ser de índole individual o colectiva, dependiendo de si se refieren real o jurídicamente a los individuos o a la sociedad en su conjunto² (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 0006-2014-PI/TC, F.J N° 39-41”).

Volviendo al punto central, esta nueva valoración constitucional—producida por el cambio de las circunstancias sociales— ha designado al derecho penal para que recoja y sancione las conductas que afectan estos bienes jurídicos colectivos, que antes no eran reguladas o que —producto de las antiguas circunstancias— lo eran sólo por el derecho administrativo; existiendo en este grupo de conductas la mayor proliferación de superposiciones regulatorias entre ambos órdenes, debido a la abstracción de este tipo de bienes jurídicos que dificulta su vinculación a la acción típica ofensiva y, por ende, limita la posibilidad de un análisis comparativo cuantitativo entre los injustos que recogen las conductas atentatorias de dichos bienes jurídicos.

Ahora bien, antes de avocarse a las soluciones dogmáticas esbozadas para solucionar estas limitaciones, es importante definir, de manera precisa, lo que es un bien jurídico colectivo, el cual, subsumiéndose en la definición de «bien jurídico» vertida líneas arriba por las corrientes constitucionalistas, adquiere contornos específicos de los cuales se puede concluir, a decir de Hefendehl (2002) que el bien jurídico colectivo son

aquellos intereses colectivos –de la generalidad– sobre determinado objeto que tienen determinadas características como la «no exclusión en el uso», pues nadie puede ser excluido de su uso; la «no rivalidad en el consumo», pues el uso de ese bien por un ciudadano no afecta al de otro ciudadano; y la «no distributividad», pues, es indivisible entre los ciudadanos (p.4).

Teniendo en claro la definición de un bien jurídico colectivo, así como legitimidad de su protección por el derecho penal, es importante remitirse, ahora, a las instituciones dogmáticas utilizadas para regular aquellas conductas atentatorias de dichos bienes jurídicos y para encajarlas dentro del contenido del injusto.

Es así que, para proteger a los bienes colectivos, el derecho penal ha recurrido a la técnica dogmática de los “delitos de peligro”, la cual, a decir de Villegas (2010), constituye una forma anticipada de regulación penal justificada en la necesidad imperiosa de cautelar bienes jurídicos en la actual sociedad de riesgo, basando su utilidad en las limitaciones preventivas que encuentran las reacciones penales retrasadas, “que se limitan a retribuir con un mal los comportamientos del pasado que ya lesionaron los bienes jurídicos” (pp. 23-24).

No obstante, la construcción de los delitos de peligro no es simple ni pacífica, pues, para explicar la noción del peligro, existe una gran polémica entre la teoría que le otorga un concepto subjetivo y la que le otorga un concepto objetivo. Así, como detalla Rodríguez (1994) la teoría subjetiva concibe al peligro como una apreciación subjetiva sobre la peligrosidad o no de una acción realizado “*ex ante*”, conforme al cual una acción es peligrosa cuando no se puede reconocer las causas de que finalmente “*ex post*” no se produce el resultado; mientras que, de acuerdo, a la teoría objetiva, el peligro no es una cuestión que se limita a un plano apreciativo del juzgador, sino que tiene un carácter real y objetivo, encontrándose constituido por la probabilidad fáctica de un suceso y el carácter lesivo del mismo, de tal manera que el peligro será la mayor o menor probabilidad de un resultado dañoso (pp. 24-26).

Sin embargo, como advierte Rodríguez (1994), la validez de ambos conceptos fue objetada. Así, por un lado, se criticó a la “teoría subjetiva” que el fenómeno de la puesta en peligro no puede ser explicado dando la espalda a la realidad objetiva, pues el «mundo objetivo» de esta postura no es otra cosa que «un mundo subjetivo», de tal manera que no puede fundarse el desvalor del peligro si éste es sólo el pronóstico subjetivo de un observador mal informado. Por otro lado, se objetó a la teoría objetiva que la pura consideración estadística “*ex ante*” inspirada en leyes causales queda desvirtuada por la consideración “*ex post*” del efectivo curso causal, no pudiendo imputarse el peligro prescindiendo de las circunstancias concretas que han llegado a la evitación de la lesión, además de criticarse la falta de una exacta cuantificación del grado de probabilidad necesario para afirmarse el peligro (pp. 28-29).

Es así que, con el fin de que el bien jurídico protegido ingrese al «ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa» –sobre todo concreta, como se verá más adelante– y de que se incorporen «criterios valorativos o normativos objetivos», el profesor Schünemann, citado por Rodríguez (1994), propuso las siguientes bases de un «concepto normativo de peligro»: en primer lugar, una «acción típica» y un «objeto de bien jurídico típico, cuya puesta en peligro se cuestiona»; segundo, que la lesión de ese objeto de “bien jurídico típico” aparezca como una cercana posibilidad; y, en tercer lugar, que “todas las causas salvadoras que finalmente impiden la producción del resultado no respondan al normal desarrollo del curso causal, sino a un desarrollo anormal del mismo o a una imprevisible concatenación de circunstancias afortunadas propias de la casualidad” (p. 33).

Ahora bien, teniendo en cuenta la concepción de peligro, existen los “delitos de peligro concreto” (en que se verifique una puesta de peligro manifiesto) y de peligro abstracto (en que basta la presencia de una acción típicamente peligrosa).

Es necesario señalar que, junto a dicha clasificación, Schröder, citado por Rodríguez (1994), planteó una tercera categoría, a la cual

denomina «de peligro abstracto-concreto», a saber, una especie de tipos mixtos en los que se combinaban elementos de “peligro concreto” y de “peligro abstracto”. Así, según este autor, en estos delitos el juez es el que constata el peligro, sin que valore todas las circunstancias abstractamente recogidas por el legislador al juez (p.18).

En el mismo sentido, el profesor español Martínez-Buján (2007) señala que esta categoría se caracteriza por la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos «de aptitud», o sea “elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez”; recurso dogmático que es encontrado en el Código Penal español en las fórmulas, «*de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma (art. 290)*»; o «*de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (art. 282)*» (p.212). Sin embargo, de acuerdo a Rodríguez (1994), el que “el legislador incorpore elementos de aptitud al tipo no modifica el carácter de delito de peligro abstracto de éste, si esos elementos se refieren a la relevancia lesiva general de la conducta valorada ex ante” (p.20).

En ese sentido, quedando claro las dos clases de delitos de peligro, resulta necesario revelar a continuación si en ambos tipos es posible identificar el atentado al bien jurídico –sea individual o colectivo– y, por lo tanto, el mayor o menor contenido del injusto, cuya determinación nos permita llevar a cabo el método comparativo cuantitativo del fundamento sancionador.

Así, empezando por los delitos de peligro concreto, es menester señalar que esta construcción dogmática tiene como fin la regulación de conductas que ponen en peligro individual o colectivo a los “bienes jurídicos”, dado la posibilidad de determinación o indeterminación de la individualidad de los objetos puestos en peligro. Así, un ejemplo de peligro individual lo constituye el delito de exposición o abandono peligroso, regulado en el artículo 125° del “Código Penal”, pues la puesta en peligro a la integridad física se refiere al menor de edad o al incapaz

que se encuentra a cuidado del autor, el cual, como fluye del tipo penal, se encuentra perfectamente individualizado y determinado.

En otro sentido, en los “delitos de peligro común” el objeto del peligro viene a ser la comunidad, por la indeterminación del número y/o de la individualidad de los objetos puestos en peligro. Pero ello no significa que haya de poner en peligro necesariamente a una pluralidad de personas, pues la colectividad viene a ser representada por una persona, indeterminada *ex ante*, como parte de la colectividad.

Un ejemplo de ello se aprecia en el artículo 279-F° del “Código Penal”, que regula el “delito contra la Seguridad Pública, en la modalidad de uso de arma de fuego en estado de ebriedad”, el cual sanciona a quien, en lugar público, poniendo en riesgo bienes jurídicos de terceros, hace uso de un arma de fuego de la cual tiene licencia o la maniobra en estado de ebriedad; dispositivo legal que nos permite concluir que no es necesario poner en peligro concreto a la colectividad entera, bastando solamente el peligro de una sola persona, considerada no en su individualidad, sino en cuanto representante del colectivo.

Ahora bien, del análisis de ambos tipos de peligro concreto (los que regulan la puesta en peligro concreto de bienes individuales y de bienes colectivos) se puede concluir que no existe problema en la determinación de los elementos esenciales constitutivos de estos tipos de injustos, pues la proximidad de la acción peligrosa con el objeto material del bien jurídico protegido –sea de uno individual o de uno colectivo cuyo sujeto pasivo (comunidad) se encuentra representado por una sola persona– será constatable en el plano objetivo, pudiéndose verificar fácilmente las categorías normativas del peligro elaboradas por Schünemann, a saber la «acción típica», el «objeto del bien jurídico» –que será la persona titular del bien jurídico individual o la persona representante de la comunidad– y la probabilidad de lesión del objeto del bien jurídico.

Así, la determinación y comparación de estas categorías normativas (y de los demás elementos del injusto) que se realice en el análisis

comparativo cuantitativo de los injustos –de los cuales se sospecha superposición– podrá determinar la presencia o ausencia de identidad de fundamento. Por otra parte, como refiere Rodríguez (1994), los “delitos de peligro abstracto” se dividen en torno al tipo de bien jurídico que protegen, diferenciándose aquellos que regulan las conductas consideradas abstractamente peligrosas de los bienes jurídicos individuales o de los bienes jurídicos colectivos individualizables–reconducibles a la protección mediata de bienes individuales– de aquellos bienes jurídicos colectivos de titular no individualizable o de «intereses difusos» (p.299).

En los primeros se incriminan “conductas potencialmente lesivas” de un bien individual o de un bien colectivo individualizable, a través de dos fórmulas legales: la simple descripción típica de una conducta generalmente peligrosa –como el caso del Art. 274° del “Código Penal” que regula el delito de “conducción en estado de ebriedad”– o mediante la inclusión de «fórmulas de aptitud», en los que el propio tipo exige que la acción sea apta para causar resultados lesivos –como el caso del Art. 288°-B del Código Penal Peruano que regula el delito de uso de «productos tóxicos o peligrosos para la salud»–.

Este tipo de delitos, a los cuales Rodríguez (1994) llama «delitos de peligro abstracto propios», en cuanto constituyen un cuerpo homogéneo junto a los de peligro concreto, por el paralelismo de sus estructuras, son aquéllos en los que se puede establecer una relación inmediata con “bienes jurídicos individuales (o individualizables) esenciales”, a saber, delitos como los incendios, los “delitos contra la salud pública y contra la seguridad del tráfico”. En estos, “la efectiva peligrosidad en la conducta puede interpretarse como exigencia de infracción de deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de esos bienes jurídicos individuales directa o mediatamente a través de bienes jurídicos colectivos, siempre que estos admitan su individualización” (pp.304-307).

De lo dicho se puede concluir que la peligrosidad abstracta, entendida en forma de «infracción del deber de cuidado objetivo», pertenece al tipo

objetivo (de tal manera que el incurrir en la conducta típica lleva implícita la «peligrosidad» y la «infracción del cuidado»); por lo que, incluso, ha de ser materia de imputación subjetiva, “lo cual no significa que el autor haya de querer la peligrosidad, ni siquiera que haya de ser consciente de ella en todos los casos, sino que basta con que sea consciente de los factores de riesgo incorporados ya a la descripción típica y considerados *per se* como peligrosos” (Rodríguez, 1994, p. 310).

No obstante, la falta de exigencia de la consciencia de la peligrosidad no tiene aplicación en los delitos de aptitud, pues, al pertenecer esta fórmula al tipo objetivo, ha de ser abarcada por el dolo, siquiera eventual; cuestión que permite concluir que, para la comisión dolosa de este tipo de delitos de peligro abstracto, es preciso que el sujeto agente sea consciente de la aptitud lesiva de su conducta en los términos descritos en la ley. Por el contrario, como ha referido Rodríguez (1994), “en los delitos que no incluyen elementos de aptitud, no es exigible al autor el conocimiento explícito de la peligrosidad, sino tan solo de aquellos elementos del tipo que el legislador ha considerado suficientes para fundamentar la creación de un riesgo no permitido” (pp. 313-314).

Como se puede apreciar, al pertenecer la peligrosidad abstracta al tipo objetivo, es posible determinar los elementos constitutivos de los injustos de «peligro abstracto» –de los «bienes jurídicos individuales» o colectivos individualizables– mediante la identificación de la infracción del deber de cuidado objetivo recogido *ex ante* por los tipos infraccionales sometidos a comparación y, seguidamente, determinar si se trata del mismo deber de cuidado positivizado o de otro distinto, con el fin de concluir, en caso se presente el primer supuesto, que se está ante una identidad de fundamento o, en caso se presente el segundo supuesto, que existe ausencia de identidad de fundamento.

Finalmente, se encuentran los «delitos de peligro abstracto» que protegen «bienes jurídicos supraindividuales inmateriales», no reconducibles a «bienes individuales», sino que se refieren a instituciones básicas en el funcionamiento estatal o del sistema social, verbigracia los

«delitos contra la administración de justicia», «contra la administración pública», los «delitos socioeconómicos» o los «delitos contra el medio ambiente».

En este tipo de delitos la tipificación de una «lesión» o «concreta puesta en peligro» presenta una serie de obstáculos, pues el menoscabo de tales bienes inmateriales o espiritualizados no es posible en el plano objetivo, sino es por un hecho catastrófico que afecte, por ejemplo, a todo el medio ambiente o por una reiteración generalizada de conductas que no respeten las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento; consistiendo en ello su dificultad para determinar el «desvalor» en concreto.

Como señala Hefendehl (2002), teniendo a la vista esta problemática, la dogmática ha vertido una serie de propuestas de solución: primero –la más radical– “la de renunciar al dogma que señala como función del orden penal la tutela de bienes jurídicos; segundo –no menos radical– la de no reconocer la existencia de bienes jurídicos colectivos y evitar el problema de su ordenación junto a los bienes jurídicos individuales” (pp.6-7).

Ahora bien, dejando de lado las posiciones radicales, se ha planteado la conservación de la técnica de los delitos de peligro abstracto para regular las conductas consideradas *ex ante* peligrosas de cualquier delito colectivo (sean reconducibles o no a un bien jurídico individual) justificando su peligrosidad en la potencialidad de las conductas para afectar al bien jurídico colectivo; potencialidad que, al ser considerada *ex ante*, no genera la necesidad de acreditar la lesión o puesta de peligro concreto del “bien jurídico colectivo”; planteamiento que ha sido recogido y aceptado por el “Tribunal Constitucional Peruano” (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp. Nro. 6-2014-PI, F.J 60-61).

No obstante, la fórmula de la potencialidad es demasiado indeterminada y no otorga criterios materiales –como la acumulación o proximidad causal al bien jurídico– para justificar la lesividad del bien jurídico supraindividual protegido y su asimilación dogmática al injusto.

Es así que, con el fin de justificar, de una manera más concreta, la peligrosidad y lesividad de las conductas que atentan contra los «bienes jurídicos colectivos», se postula su reconducción a la tipificación de la afectación a un «bien intermedio con función representativa», tal como los concebía Schünemann (Schünemann, 2007, p. 223)-

Así, sobre el origen de estos «bienes intermedios con función representativa», el profesor Schünemann señala que “las concepciones sociales han constituido un bien intermedio cuya lesión presenta un desvalor propio y que por ello tiene un puente con los delitos de lesión en sentido estricto, es decir, aquellos con un bien jurídico materialmente aprehensible” (Schünemann, citado por Fernández, 2018, p.71). En el mismo sentido, Fernández (2008) apunta lo siguiente:

“El bien jurídico imposible de lesionar por acciones individuales, necesita de un objeto que lo represente en un plano más concreto. Ese objeto más concreto, denominado bien jurídico inmediato, concreto o representante, es el que cumple todas las funciones dogmáticas y al que van referidas todas las exigencias del tipo. Por el contrario, al bien mediato o espiritualizado, que no realiza ninguna función dogmática y que no sirve para imputar individualmente la lesividad social de la conducta, le correspondería una función de mera *ratio legis* o guía interpretativa, dado que no se exige prueba de la peligrosidad de la acción respecto al objeto protegido” (p. 71).

En ese mismo sentido, a decir de Rodríguez (1994), será legítima la punición de toda realización típica sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial que se protege, pues se estará formalmente ante delitos de lesión. Así, “será suficiente con la lesión del objeto o bien representante, en cuya lesión reiterada y generalizada radica la abstracta peligrosidad de la conducta típica, sin que ello tenga relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo” (p. 302)

Desarrollando esta postura, e incluso las repercusiones en el tipo subjetivo, Rodríguez (1994) pone el ejemplo del delito de falso

testimonio, que tan solo exige que el dolo se refiera a la falsedad de la declaración que se vierte en un proceso, siendo irrelevante el conocimiento de que se está obstruyendo la «correcta administración de justicia», que constituye el «bien institucionalizado protegido» de manera mediata o representada, pues el tipo se conforma con la lesión del «objeto representativo» («la veracidad de las declaraciones procesales») (p. 304).

Con el mismo fin ejemplificador, sobre la aplicación de esta propuesta teórica para los delitos de corrupción de funcionarios, la profesora Fernández (2018) señala que la función pública viene a ser el bien común de todos los delitos de corrupción, el mismo que debe ser concretizado a través de un «representante» que lo acerque a un plano más preciso, motivo por el cual la función pública queda departamentalizada en «principios rectores de la administración», como son la «imparcialidad», «legalidad», etc, que serán unidades funcionales de esta (p.378).

En ese sentido, tomando a esta postura como punto de partida, se puede contrastar el valor de la teoría que se defiende en esta tesis –sobre la comparación del contenido de los ilícitos para la determinación de la identidad de fundamento– pues, al igual como se ha concluido en los «delitos de lesión», «peligro concreto» o «abstracto» desarrollados supra, es posible afirmar, también, que la determinación del contenido de los injustos, en los delitos o infracciones que regulan los peligros abstractos generados contra los bienes jurídicos colectivos no individualizables, es posible gracias a la representación que de estos efectúan los bienes intermedios, sobre cuyos objetos materiales recaerá la acción típica, tal como sucede en los delitos de lesión; siendo, por ello, factible identificar cada uno de sus elementos constitutivos para comparar la gravedad del injusto, es decir la manera, más o menos grave, en que han sido afectados «los objetos representantes», que personifican al bien jurídico colectivo y que permiten el análisis comparativo del desvalor de su lesión.

Por otro lado, prescindiendo de los «delitos abstractos» y de los

«bienes intermedios», pero utilizando la misma lógica de la protección directa del «bien jurídico colectivo» a través de un «referente representativo», el abogado nacional Villegas (2010) propone encarnar los «bienes jurídicos colectivos» en «objetos representativos» que, en calidad de objetos de la acción típica, materializan la afectación o puesta en peligro concreto de los primeros.

Para ello, parte señalando que la complementariedad de los «bienes jurídicos colectivos» en cuanto a los «bienes jurídicos individuales» –que sustenta su constitucionalidad– “no implica que los delitos que se configuren para protegerlos estén en relación a estos últimos para definir su estructura; sin embargo ello sucede cuando se habla de delitos de peligro abstracto, pues en estos casos el tipo no se pone en relación al bien jurídico colectivo, sino en relación al bien jurídico complementado” (p. 24).

En ese sentido, para prevalecer la figura de los «delitos de peligro concreto» –en desmedro de los de «peligro abstracto»– es necesario partir de la «autonomía de los bienes jurídicos colectivos»– entiéndase autonomía dogmática mas no político criminal– y construir en relación a éstos –y no al «bien jurídico complementado»– «delitos de lesión» o «delitos de peligro concreto»; “siendo para ello necesario poner de relieve dos cuestiones importantes: la diferencia entre sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito; y, en segundo orden, a los denominados objetos que cumplen una función representativa del bien jurídico tutelado” (Villegas, 2010, p. 25).

Así, en primer lugar, el «sujeto pasivo de la acción» es aquel donde recae la conducta típica del sujeto activo, conociéndose como «objeto de acción», «objeto de ataque» u «objeto del bien jurídico»; constituido por aquellos intereses que representan a los «bienes jurídicos», tales como la «vida de un individuo», «sus bienes», «su honor», «el patrimonio de una empresa», etc. Por otro lado, el «sujeto pasivo del delito» es el titular del «derecho o interés» («bien jurídico») lesionado o puesto en peligro por el delito cometido; de tal manera que, al cometerse un delito, como por

ejemplo el homicidio, se lesiona al «bien» del occiso, su «vida», pero no al «bien jurídico vida», pues ello implicaría el aniquilamiento de la vida de todas las personas.

Esta diferencia hace concluir a Villegas (2010) la imposibilidad o desmesurada dificultad de destruir un bien jurídico, lo cual no sólo se evidencia en los de tipo colectivo, sino también en los individuales; siendo por ello trascendente los objetos de acción, que materializan, encarnan y personifican al bien jurídico protegido; importancia que resalta, más aún, cuando se trata de bienes jurídicos colectivos.

Verbigracia, “el medio ambiente, como condición para la existencia humana, puede ser entendido como bien jurídico que es afectado a través de la lesión o puesta en peligro concreto de sus objetos de acción (un concreto nivel de la pureza de las aguas, del aire, de la tierra, etc.)” (Villegas, 2010, p. 25), lo cual guarda una clara relación con los denominados «objetos que cumplen función representativa»; siendo esta la razón por la que el dolo solo debe abarcar al objeto de representación, generando que la afectación al bien jurídico representado no tenga implicancia directa en el tipo objetivo y subjetivo.

Como fluye de dicha postura, la conducta afecta a un «objeto» que representa al «bien jurídico colectivo en un nivel menos abstracto» y, dado el marco objetivo causal, es posible afirmar la «lesión o puesta en peligro concreto» de tales objetos representativos que –valga la redundancia– representan a los bienes jurídicos colectivos. En ese sentido, “la protección del objetos representativos queda convertida en un medio, en un mero instrumento u objeto al servicio del bien jurídico colectivo y, de ese modo, a los bienes individuales complementados” (Caro, 1999, pp. 512- 513).

Como ejemplo de la línea teórica expuesta, el profesor Abanto (1997) señala que “el sistema crediticio puede ser afectado cuando un solo banco (como objeto de acción) es defraudado en una operación crediticia” (p.52). En el mismo sentido, el profesor Reátegui (2007) apunta que “el

orden constitucional y los poderes del Estado necesita de determinados objetos materiales que hagan evidente y corpóreo a dicho bien jurídico colectivo e institucional, los cuales serían el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, etc.” (p. 122); y, como refiere Villegas (2006), el «bien jurídico» «estabilidad del ecosistema» no tendría sentido si las conductas ofensivas no serían tipificadas en relación con los objetos representativos, como los suelos, la fauna, la flora o el aire, entendidos como contribución a la vida de hombre (p.27).

Ahora bien, también desde esta postura, es posible contrastar la utilidad de la presente teoría de comparación del contenido de los injustos –para determinar la identidad de fundamente– pues a partir de sus lineamientos se puede afirmar que, para determinar el contenido de los injustos, que atentan contra los bienes jurídicos colectivos, es necesario materializarlos, encarnarlos, personificarlos o concretizarlos en los objetos representativos, los cuales, como elementos constitutivos de la infracción o del delito, permitirán operativizarlos para comparar la gravedad del injusto, es decir, la manera, más o menos grave en que han sido afectados estos referentes, que personifican al bien jurídico colectivo y que permiten el análisis comparativo del desvalor de su lesión o puesta en peligro concreto.

Finalmente, planteando una propuesta distinta –aunque partiendo de la misma materialización del bien jurídico colectivo– Hefendehl (2002) señala que es necesario «materializar desde abajo» al bien jurídico, el cual “ha de tratarse de un objeto del mundo real sometido a las leyes físicas, con el fin de obtener una mayor operatividad que las abstractas definiciones utilizadas por la doctrina que en ocasiones ha llegado a referirse al bien jurídico como un objeto meramente intangible e ideal” (p. 8). En ese sentido teniendo un objeto representativo es posible combinarlo con las distintas categorías dogmáticas del delito, ya que, para un «valor intangible», no interesea que el peligro que se vierta sobre él sea abstracto o concreto.

Es así que, restringido al ámbito de lo que él llama «bienes jurídicos colectivos consumibles», como los recursos naturales, –aunque después deja abierta la posibilidad de extender su postura a todos los bienes jurídicos colectivos– Roland Hefendehl señala que “los bienes jurídicos colectivos consumibles y socialmente relevantes se tratan, además, de bienes descriptivos, pues se ven encarnados en hechos naturales tangibles y modificables que vienen definidos desde un plano alejado e independiente de planteamientos jurídicos” (p. 10).

En dicha línea, las encarnaciones de los bienes jurídicos colectivos en realidades materiales perceptibles permiten la búsqueda de la estructura delictiva adecuada que, dentro del plano causal, faculten afirmar la existencia de un peligro a este tipo de bienes jurídicos. No, obstante, a diferencia de la postura anterior, el profesor alemán señala que, incluso, en cuanto a estos bienes representativos ecológicos, como por ejemplo el cauce de un río, es complicado constatar la lesión o peligro concreto causado, pues “si un individuo arroja cinco litros de aceite usado en dicho cauce no sufrirá el agua, en su función referida al hombre, lesión alguna, ni tampoco se podrá hablar de un peligro concreto que requiera implícitamente que la lesión no se haya producido sólo a raíz de una mera casualidad” (Hefendehl, 2002, p. 10).

Es así que, para solucionar este problema, Hefendehl (2002) –después de descartar el uso de los delitos de peligro abstracto, por imprecisos y vagos– propone basar su criminalización en la idea de la acumulación; siendo la sucesión de acciones individuales las que amenazan gravemente los objetos representativos como la calidad de agua y, por ende, al bien jurídico colectivo medio ambiente (p.11).

Entonces, también desde esta postura es posible contrastar la presente teoría de comparación del contenido de los injustos –para la determinación de la identidad del fundamento– pues, la determinación de sus elementos constitutivos será posible gracias a la materialización de los bienes jurídicos colectivos en los objetos representantes, cuya puesta en peligro futuro y acumulativo será normativamente comparado para

determinar el desvalor de la conducta y, por ende, la gravedad del injusto, es decir la manera, más o menos grave, en que han sido puesto en peligro futuro estos referentes, que personifican al bien jurídico colectivo.

En conclusión, se trate de bienes jurídicos individuales o de bienes jurídicos colectivos, o de alguna de las técnicas dogmáticas de tipificación que se ha desarrollado («delitos de lesión», «de peligro concreto», «de peligro abstracto», «de peligro futuro»), es posible afirmar que se ha contrastado el valor de la teoría de consideración de la identidad de fundamento como contenido del injusto y del método comparativo entre sus elementos constitutivos esenciales para identificar la identidad de fundamento de las infracciones o delitos que recogen lesiones o puestas de peligro –concretas, abstractas o futuras– de bienes jurídicos individuales como colectivos.

En otras palabras, esta conclusión teórica refleja el asidero de la propuesta dogmática esbozada en esta investigación, la cual postula que, a partir del análisis comparativo cuantitativo de los contenidos de los injustos (propio de la óptica y recursos técnicos del concurso de normas) se identifiquen la presencia o ausencia de los elementos constitutivos de cada uno de ellos– los cuales no sólo reflejarán el interés jurídicamente tutelado por la Constitución (colectivo o individual), sino también la forma de su afección y su consecuente desvalor– y, en base a su coincidencia o diferencia, se afirme la concurrencia o inconcurrencia de identidad de fundamento.

Es así que, la asimilación de estas bases dogmáticas, así como la aplicación de la propuesta técnica descrita, permitirá identificar aquellos supuestos de superposición regulatoria entre ambos ordenes punitivos, e impedir, vía *lege lata*, la duplicidad de una sanción con ropaje penal y otra con ropaje administrativo sustentadas en el mismo fundamento; generando, con ello, la eficacia de la garantía constitucional de la garantía objeto de estudio.

Ahora bien, siguiendo la lógica de la identidad del fundamento como

contenido del injusto, se insiste en considerar que, «para determinar si la sanción administrativa y la sanción penal tienen el mismo fundamento», es necesario comparar el contenido de los injustos regulados en la previsión normativa penal y en la administrativa (sea que recojan conductas que lesionen, pongan en peligro concreto, abstracto o futuro bienes jurídicos individuales o colectivos); luego de lo cual surgirán diferentes escenarios, entre los cuales existirán supuestos deseables que niegan la identidad de fundamento o supuestos patológicos que deberán tener una respectiva solución, tal como se describe a continuación:

- Si ambos «contenidos normativos» son totalmente diferentes, entonces no habrá «identidad de fundamento».
- Si el «ilícito penal» tiene un «plus de antijuridicidad» mayor que el «ilícito administrativo», entonces tampoco habrá «identidad de fundamento», sin embargo, se deberá tener cuidado en aplicar únicamente la norma penal, en caso la conducta cometida se subsuma no sólo en el ilícito administrativo, sino también en el plus de antijuridicidad que regula la norma penal (concurso aparente- principio de Consunción).
- En caso los ilícitos, administrativo y penal, sean idénticos, de *lege ferenda* se debe sancionar dicha conducta solamente por el «derecho penal» o sólo por el «derecho administrativo sancionador», con el fin de evitar la doble criminalización y, *de lege lata*, se deben buscar soluciones procesales para evitar la duplicidad de sanciones por el mismo fundamento.

Es así que, las bases dogmáticas sentadas permiten tanto el vertimiento de las soluciones procesales para evitar el “*bis in idem*”, como el esbozo de medidas *de lege ferenda* que faciliten la variación de la frontera entre ambos órdenes punitivos, a partir de criterios político criminales que faculten, en base a la trascendencia de los «bienes jurídicos» o la gravedad de sus ofensas— determinadas en base a las

nuevas condiciones sociales postindustriales— la redefinición de las fronteras entre uno y otro orden, así como la distribución de los injustos que serán sancionados, únicamente, por el «derecho penal» y aquellos que serán sancionados, únicamente, por el «derecho administrativo sancionador», tal como se desarrollará en los dos acápite subsecuentes.

4.3. Criterios Legislativos para Determinar la Regulación Administrativa o Penal de las Conductas Atentatorias de los Bienes Jurídicos

Habiendo sustentado la diferencia cuantitativa entre ambos órdenes jurídicos, así como el método dogmático para que, *lege lata*, se evite la duplicidad de sanciones por el mismo fundamento; es necesario establecer los «límites» a los que debe circunscribirse el legislador en la configuración, como injusto penal o injusto administrativo, de una conducta atentatoria de un bien jurídico; teniendo, además, presente la flexibilización de las garantías acaecida en el orden administrativo, dada la exposición a una sanción más leve producto, justamente, del menor desvalor de la conducta regulada por dicho orden.

Así, a pesar que dentro del estado de la cuestión se ha tratado periféricamente estos criterios, es importante sintetizar las diversas posiciones con el fin de identificar y sustentar las que se consideran aplicables, dado las líneas dogmáticas seguidas en esta investigación.

En primer lugar, desde la teoría mixta que diferencia a ambos órdenes— expuesta en el estado de la cuestión— Cordero (2012) propone determinar los injustos que serán sancionados por cada uno de estos, en base a los siguientes criterios:

- Tener presente que, ambos órdenes sancionados son instrumentos con los cuales cuenta el Estado en su función de conformación social en el marco de protección de

determinados valores y bienes constitucionales, por lo que el primer paso es “ejercitar dichos instrumentos punitivos siempre por medio de la ley; pues el principio de legalidad es transversal, común e ineludible en la determinación de los ilícitos y las sanciones (penales o administrativas)” (p. 155).

- Sancionar las conductas que afectan bienes jurídicos personalísimos—como homicidio, violación sexual, robo, etc.—únicamente con el derecho penal (nuclear).
- En cuanto a las conductas que afectan bienes jurídicos colectivos determinar su sanción por el órgano administrativo o penal— denominado por el autor citado como derecho penal colateral— en base a criterios de eficacia u oportunidad, ponderando la forma de actuar, ritualidad y formas propias del proceso judicial o del procedimiento administrativo con la eficacia preventiva que se busca.
- “Tener presente la relación directamente proporcional que se produce entre la gravedad de la sanción que se pretende aplicar y las garantías que amparan la posición del particular” (pp.149-150); de tal manera que, si se busca un grado preventivo mayor, al implicar una sanción más grave, es menester regular la conducta por el derecho penal, el cual otorga mayores garantías al sancionado
- No obstante, si el injusto atentatorio contra los bienes jurídicos supraindividuales es menos grave, el mismo podría ser sancionado por la «vía administrativa»; cuya sanción tendrá, si bien un menor efecto intimidatorio y, por ende, preventivo, ello será compensado con la mayor eficacia que permite el procedimiento administrativo sancionador— dada la flexibilización de las garantías—.
- Asimismo, el legislador tendrá que tener en cuenta los límites de ámbito constitucional, como el principio de

proporcionalidad (p. 153)

- En esa misma línea, dado que las «penas privativas de libertad» requiera la oficiosidad de la autoridad judicial, es necesario que, si se opta por sancionar una conducta por este tipo de sanciones— dado su mayor desvalor— se tendrá que regularla como delito y no como infracción administrativa.

Seguidamente, el profesor Letelier (2017), desde una tesis formalista —expuesta en el estado de la cuestión— propone determinar los injustos que serán sancionados por el «derecho penal» o por el «derecho administrativo sancionador» en base al *enforcement* (eficacia) de una u otra sanción, requerido para prevenir la comisión de determinadas conductas.

Así, para determinar el mayor o menor *enforcement* que otorga la sanción penal o la sanción administrativa, el legislador tendrá que tener presente lo siguiente:

“La pregunta sobre cómo reconstruir en un tiempo presente una infracción pasada, debiendo buscar su respuesta en el acuciante problema de la distribución de los riesgos de esa reconstrucción. En efecto, con algunas reglas, propias del proceso penal, se evitan a toda costa los llamados falsos positivos, esto es, los casos en que se condena a una persona inocente, sin importar la comisión de falsos negativos, es decir, no condenar a culpables. Por el contrario, en el procedimiento administrativo, resulta más eficiente evitar los falsos negativos aún si se aumentan marginal, provisoria o hipotéticamente los falsos positivos; pues, la inaplicación de los deberes públicos es una amenaza grave para el orden público, el cual adquiere más preponderancia en torno a eventuales falsos positivos que nunca podrán ser privación de la libertad y cuya frecuencia será minimizada por el control jurisdiccional propio del proceso contencioso administrativo” (p. 638).

Para aclarar la indicación formulada por Letelier (2017), se indica que, por ejemplo, “el legislador tendrá que tener presente que el estándar

probatorio requerido para lograr el nivel de persuasión exigido en el procedimiento administrativo es mucho menos intenso que el exigido para el ámbito penal” (p. 641-642). Así, esta menor exigencia que tiene el procedimiento administrativo incrementa el *enforcement* de su sanción, en comparación al proceso penal; cuestión que tendrá que ser considerada por el legislador.

Por otro lado, la profesora Zúñiga (2001) señala que, antes de decidir qué conducta será sancionada por el orden administrativo o por la vía penal, el legislador tendrá que tener presente las ventajas y desventajas de cada uno de estos órdenes, las cuales sintetiza de la siguiente manera: En cuanto a las ventajas del orden administrativo, existe mayor capacitación técnica de sus funcionarios, mayor celeridad y flexibilidad en sus procedimientos, mayor efectividad de intervención y, por ende, mayor posibilidad de prevención; sin embargo, entre sus desventajas, se encuentran la falta de publicidad de las sanciones y, por ende, el desmedro de su efecto motivador; en cambio, en cuanto a las ventajas del sistema penal, existe mayores garantías materiales y procesales, mayor publicidad en su proceso y sanción y dependencia de funciones entre el órgano político y el juez encargado de imponer la sanción; mientras que, entre sus desventajas, está la utilización de la «pena privativa de libertad» y su efectos desarraigantes y estigmatizantes, además de tener procesos penales lentos y dirigidos por jueces poco capacitados y tecnicados (pp.1421-1422).

Desde la escuela sociológica del bien jurídico, expuesta en el estado de la cuestión, Habermas, citado por Cuello (1982) proponer una serie de criterios básicos para el legislador, sobre los cuales montar una política criminal del bien jurídico. Así, partiendo de la necesidad de identificar y conservar la identidad colectiva que tiene cada sociedad de hombres libres, Habermas propone tres reglas principales que deberá tener presente el legislador:

- Primero: en la duda sobre la inclusión de nuevos bienes jurídicos en el ámbito penal, se debe optar por su n inclusión.

“Ésta conclusión se corresponde con el primer criterio de nueva identidad propuesto por Habermas. Se trata de descodificar los nuevos problemas sociales y resolverlos con medios distintos a la pena” (p. 471).

- Segundo: Tener presente que “toda pretensión de reducir lo que se puede llamar Derecho penal clásico crea inseguridad sobre el límite entre lo prohibido y lo permitido. La despenalización de sectores de un Bien jurídico deteriora la imagen social del resto de ese Bien jurídico que se quiere mantener” (p. 472).
- Tercero: Realizar una revisión continua (argumentativa y comunicada con la población) de los cambios en los «contenidos de deber», cuya infracción lesiona un «bien jurídico», los cuales pueden mantenerse legalmente, pero haber cambiado éticamente (p. 472).

En la misma línea, Villegas (2010) sugiere al legislador que, antes de regular una conducta atentatoria de un bien jurídico tutelado por constitución, como injusto penal, tenga presente los «criterios político criminales de merecimiento y necesidad de pena», estableciendo los siguientes criterios:

- En cuanto al merecimiento de penal, determinar la importancia social del bien jurídico tutelado constitucionalmente y la gravedad de sus diversas formas de ataque.
- Así, esta importancia social “puede ser obtenida a partir de su plasmación en la constitución; de tal manera que, todos aquellos intereses sociales que no tengan fundamento constitucional, explícito o implícito, deben quedar fuera de la protección penal” (p.13)
- No obstante, no basta que el bien sea tutelado por la constitución; pues, en aplicación de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, el «derecho penal» sólo

intervendrá ante las conductas afectan de manera inaceptable a un bien jurídico relevante para la funcionalidad de la vida.

- El criterio de merecimiento de pena sólo permite determinar que «bienes» ameritan una «valoración penal positiva», pero no señala qué comportamientos deben incriminarse; condiciones que son conocidas por el criterio de «necesidad de pena», el cual posibilita la criminalización de una conducta cuando otros medios de control social formal o informal no pueden asegurar la consecución de iguales o mejores resultados que los buscados con la pena.
- Finalmente, el citado autor señala que, al encontrarse los «bienes jurídicos colectivos» al servicio de los «bienes jurídicos individuales» genera que aquellos sean jerárquicamente inferiores a estos últimos, por lo que, de considerarse una regulación penal, esta debe ser menos intensa que la vertida a los bienes jurídicos individuales (pp.13-19).

Por último, desde la teoría cuantitativa que diferencia el injusto penal del administrativo sancionador, la profesora Alarcón (2014) señala la existencia de límites al legislador que lo exhortan a criminalizar una conducta, así como límites que lo exhortan a preferir al derecho administrativo para sancionar una conducta, en desmedro de su criminalización. Así, estos límites son los siguientes:

- En cuanto a los límites que exhortan al legislador a criminalizar una conducta está uno general que es el principio de fragmentariedad y proporcionalidad que aconseja al legislador a criminalizar las conductas que más gravemente atentan contra los «bienes jurídicos más importantes», relegando la sanción de las conductas que afectan los «bienes jurídicos menos importantes», o las conductas menos graves que afectan a los bienes de primer orden, al derecho administrativo sancionador.

- Del mismo modo, existen límites específicos recogidos en tratados o convenios internacionales que obligan al Estado a preferir la regulación de ciertas conductas atentatorias contra determinados bienes jurídicos mediante el orden penal en desmedro del orden administrativo.
- Seguidamente, entre los límites que impiden al legislador acudir al Derecho Penal, se encuentran los principios de intervención mínima y subsidiariedad los cuales condicionan al legislador a criminalizar una conducta siempre que otros medios de control social informales o formales (como el derecho administrativo sancionador) no sean suficientes para prevenir las conductas atentatorias contra los bienes jurídicos (pp. 148-154).

Ahora bien, antes de desarrollar los criterios legislativos a proponer, es necesario tener presente que el legislador tiene una potestad amplia y exclusiva, no sólo de configurar los bienes protegidos, sino, además, las sanciones que imponga a las conductas que los afectan; no obstante, esta potestad, como toda actuación de los órganos estatales, están sometidas a los límites establecidos en la «Constitución Política», pese a lo cual goza la legislación de una amplia discisión propia de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

Esta posición ha sido suscrita por el “Tribunal Constitucional Español”, quien ha dejado en claro que “el amplio margen de libertad del legislador, al diseñar la política criminal, dimana de su posición constitucional y, en última instancia, de su legitimidad democrática, con los únicos límites que imponen las pautas básicas del texto constitucional” (“Tribunal Constitucional Español SSTC N° 160/2012, 20 de setiembre”). En el mismo sentido, el “Tribunal Constitucional Peruano” ha dejado en claro que, “a pesar de su amplitud, la discrecionalidad legislativa no se encuentra exenta de límites, sino que se encuentra subordinada a los valores, principios y derechos

fundamentales recogidos expresa e implícitamente en la carta magna” (“Tribunal Constitucional Peruano, Expediente 0006-2014-PI/TC, F.J 35-38”).

No obstante, a pesar de este amplio margen constitucional con el que cuenta el legislador, en base a la Constitución y a las bases dogmáticas asimiladas en esta investigación, se propone una serie de criterios legislativos que deberá tener presente el legislador antes de regular una conducta como injusto penal o como injusto administrativo:

- En primer lugar, para que el legislador regule una conducta con el orden penal o administrativo sancionador, tiene que determinar si dicha conducta lesiona o pone en peligro un bien jurídico. En pocas palabras, la importancia social de las condiciones de convivencia que decida proteger el legislador podrá ser obtenida a partir de la verificación de si éstas están plasmadas en la constitución; de tal manera que, los intereses sin fundamento constitucional deben situarse al margen de la «protección penal» o «administrativa sancionadora».
- Para asegurarse que se está regulando conductas que afectan bienes tutelados por la Constitución, es necesario remitirse a ocho de los nueve criterios plasmados por el profesor Roxin (2007)– analizados en el acápite de bien jurídico– para verificar si las normas penales o administrativas sancionadores no se encuentran motivadas exclusivamente por la ideología, verbigracia la sanción de las manifestaciones contra el gobierno; sin son atentatorias contra los derechos fundamentales, como por ejemplo la prohibición de casamientos interraciales; si se basan en meras finalidades, tales como la punición de tenencia de marihuana en procura de lograr una "sociedad sin drogas"; si se fundan en meras pautas morales, como el prohibir la homosexualidad entre adultos; si han sido originadas en la supuesta lesión de la dignidad, tomando por ejemplo la que reprimiere una manipulación

genética con fin terapéutico; si son orientadas a la protección de ciertos sentimientos, como las que vedaren ciertas conductas sexuales en público sin llegar al exhibicionismo, o el envío de material pornográfico; si son enderezadas a sancionar las autolesiones conscientes, su posibilidad o favorecimiento, citando como muestra las conductas desplegadas en la participación en deportes riesgosos; si son meramente simbólicas, entre las que cita la sanción de la conducta de negar o minimizar el genocidio nazi que aplicado, a nuestro país podría equipararse a la conducta de negar o minimizar el terrorismo de las organizaciones criminales o el terrorismo de Estado (pp. 449-458) –nótese que se ha extraído las normas que regulan conductas que afectan intereses gaseosos que no pueden aprehenderse por su abstracción, pues, aplicando la teoría de los objetos representativos, sí es posible subsanarse dicha abstracción en objetos referentes que son lesionados o puestos en un peligro concreto-.

- Una vez que se ha ratificado que la conducta a regular atenta contra un interés recogido por la Constitución y que no contraviene alguna de los estándares citados supra, es necesario apreciar su importancia, en cuanto afectación a la vida social del hombre, con el fin de que las conductas que atenten contra los bienes jurídicos más importantes sean regulados por el derecho penal –teniendo como criterio de comparación a la libertad, la cual será, precisamente, restringida por la pena madre del derecho penal– y las que atentan contra bienes jurídicos de segundo orden– por debajo de la libertad– sean reguladas por el Derecho Administrativo Sancionador.
- El legislador siempre deberá tener presente que, ante la duda sobre la regulación penal de determinadas conductas que afectan a los bienes jurídicos, es mejor inclinarse por su

rechazo; optando, mejor, por el derecho administrativo sancionador o por ninguna regulación.

- Al encontrarse perennizado la dignidad como fin supremo del hombre no es conveniente, en absoluto, descriminalizar aquellas conductas que afectan bienes jurídicos de primer orden, regulados por lo que se conoce como «derecho penal nuclear»; pues, teniendo presente que, cuantitativamente, se encuentra en las antípodas de los injustos administrativos, no es, para nada conveniente, descriminalizarlos y regularlos por el orden administrativo sancionador; pues, de lo contrario, se podría afectar lo que Habermas llama «identidad social».
- Aplicar el programa constitucional de proporcionalidad y fragmentariedad, que obligan a identificar a aquellas conductas que, si bien es cierto afectan a bienes jurídicos de primer orden; no obstante, la afectación es de escasa gravedad, por lo que, buscando la proporcionalidad de la respuesta del estado y su fragmentariedad, éstas deben ser reguladas por orden administrativo y no por el penal.
- Continuando con la aplicación del programa constitucional, en base al principio intervención mínima, subsidiariedad y última ratio (que se condice con el criterio político criminal de necesidad de pena) acudir al derecho penal sólo cuando otras ramas de control social (como el derecho administrativo) no son útiles para la prevención de las conductas atentatorias de los «bienes jurídicos».
- Ahora bien, los contenidos de todos estos principios se ven sintetizados en la aplicación del principio de proporcionalidad, que tiene como principal objetivo determinar la «necesidad de la intervención del derecho penal» a partir del «juicio tripartito de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto»; con el fin de que se acuda al derecho penal sólo

cuando resulte indispensable sancionar penalmente determinadas conductas para garantizar las condiciones esenciales para la convivencia social.

- Si la limitación que contiene la «disposición penal impugnada» supera el «test de proporcionalidad», la misma será «constitucionalmente válida»; pero de no ser así, debe ser declarada «inconstitucional».
- Ahora bien, en cuanto, a los «bienes jurídicos colectivos», dado su complementariedad, es adecuado jerarquizarlos en un segundo orden (por debajo de los «bienes jurídicos individuales»); por lo que la regla general es que las conductas que atenta contra ellos sean conocidos por el orden administrativo y, como excepción, por el orden penal.
- Para acudir a esta excepción, y regular las conductas atentatorias de los «bienes jurídicos colectivos» por el orden penal, es necesario remitirnos a las obligaciones convencionales que ha asumido el Estado y que lo exhortan a criminalizar conductas atentatorias de determinados bienes jurídicos colectivos; pues, a decir de Bunzel, Schmidt & Stolle (2007), no se trata de dimanar deberes jurídicos penales del derecho internacional, sino de advertir que existen bienes jurídicos globales, cuya legitimación no acaba en el ámbito nacional (p.423).
- Así, algunos de los convenios ratificados por el Estado peruano, que lo exhortan a criminalizar determinadas conductas atentatorias contra bienes jurídicos colectivos son los clasificados en la siguiente tabla:

Cuadro Nro. 01.

Convenios ratificados por el Estado peruano, que lo exhorta a criminalizar determinadas conductas atentatorias contra bienes jurídicos colectivos

TRATADO RATIFICADO POR EL PERÚ	CONDUCTAS EXHORTADAS PARA SU CRIMINALIZACIÓN	BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS IMPLICADOS
<p>CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> - Suscrita en la Ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996. - Ratificación: Decreto Supremo N.º 012-97-RE, del 21 de marzo de 1997. 	<p>Art. VI, VII, VIII y IX: “Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos lo siguiente”: El cohecho y sus variantes; actos de lavado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La administración pública. - El orden socioeconómico.
<p>CONVENCIÓN DE LA ONU CONTRA LA CORRUPCIÓN</p> <ul style="list-style-type: none"> - Adoptada en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003. - Ratificación: Decreto Supremo N.º 075-2004-RE, del 19 de octubre de 2004. 	<p>Capítulo III (Arts. 15-26): “Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para criminaliza lo siguiente”: Sobornos; malversación; peculado; tráfico de influencias; abuso de funciones; enriquecimiento lícito; encubrimiento; lavado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La administración pública. - El orden socioeconómico. - La administración de justicia.

<p>CONVENCIÓN DE LA ONU CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL</p> <ul style="list-style-type: none"> - Suscrita en la ciudad de Palermo, Italia, el 14 de diciembre de 2000. - Ratificación: Decreto Supremo N.º 088-2001-RE, del 19 de noviembre de 2001. 	<p>Arts. 5-9: “Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para criminaliza lo siguiente”:</p> <p>La participación en una organización criminal, blanqueo de capitales, cohechos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La administración pública. - El orden socioeconómico. - La paz pública
<hr/>		
<p>CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES</p> <ul style="list-style-type: none"> - Adoptada en la Conferencia Negociadora de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OECD, del 21 de noviembre de 1997. 	<p>Art. 1- : “Cada parte tomará las medidas necesarias para criminalizar el cohecho de servidores extranjeros”.</p> <p>Art. 7: el cohecho de un servidor público extranjero (nótese que el artículo 8º regula a la criminalización de la contabilidad paralela como algo facultativo)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La administración pública. - El orden socioeconómico

<p>«CONVENCIÓN DE LA ONU CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS»</p>	<p>Art. 3º: Se adoptará las medidas necesarias para criminalizar lo siguiente: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la entrega en cualesquiera condiciones de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica</p>	<p>La salud pública.</p>
<p>Aprobada el 19 de diciembre de 1988, Viena, Austria.</p> <p>- Ratificada mediante «Resolución Legislativa N° 25352, de fecha 23 de noviembre de 1991».</p>		
<hr/>		
<p>«CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITOS DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS»</p>	<p>Art. IV. “i) Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para criminalizar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados”.</p>	<p>La seguridad pública.</p>
<p>- «Aprobada el 14 de noviembre de 1997, Washington D.C., Estados Unidos de América».</p> <p>- Ratificada por el Perú el 06 de abril de 1999.</p>		

<p>ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO</p>	<p>Artículo 65: “Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente”</p>	<p>- El orden socioeconómico.</p>
<p>«CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO»</p>	<p>Art. 4: Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para criminalizar los delitos de financiación al terrorismo.</p>	<p>- La tranquilidad pública.</p>
<ul style="list-style-type: none"> - Aprobada el 15 de abril de 1994 en la ciudad de Marakech, Marruecos. - Ratificado por el Congreso mediante Resolución Legislativa No 26407. 	<ul style="list-style-type: none"> - «Aprobado por la ONU el 9 de diciembre de 1999». - Ratificado mediante D. Supremo N°084-2001- RE, del 05 de noviembre del 2001. 	

**CONVENIO DE BASILEA
SOBRE MOVIMIENTO
TRANSFRONTERIZO DE
DESECHOS TÓXICOS
PELIGROSOS**

- Aprobado por las Naciones Unidas el 22 de marzo de 1989, en Basilea, Suiza.
- Ratificado mediante Ley Nro. 26234, del 19 de octubre de 1993.

Art. 4.3: “Las Partes - El medio ambiente. considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es delictivo”.

**«CONVENCIÓN PARA
EL
COMERCIO
INTERNACIONAL DE
LAS ESPECIES
AMENAZADAS DE
FAUNA Y FLORA
SILVESTRES»**

(y su «resolución de la 11^o reunión en Génova en el año 2000 Res. 11.3, p. 119»)

- Aprobado en Washington Suiza el 03 de marzo de 1973.
- Ratificado por el Estado peruano mediante Decreto Ley Nro. 21080, del 21 de enero de 1975.

Art. VIII: “Las partes - El medio ambiente. adoptarán las medidas apropiadas para el cumplimiento de sus disposiciones y para prohibir el comercio de especímenes en violación de las mismas; medidas que incluirán la sanción del comercio o la posesión de dichas especies (...)”
“las medidas apropiadas, en conformidad al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, en orden a penalizar tales violaciones”

<p style="text-align: center;">COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y LA JUSTICIA CRIMINAL (FUNDIDA ACTUALMENTE CON LA OFICINA DE LAS NACIONES PARA EL CONTROL DE LAS DROGAS Y LA PREVENCIÓN DEL DELITO)</p>	<p>Criminalizar:</p> <p>a) infracciones que pudiesen tener efectos transfronterizos, como las emanaciones de gases invernaderos;</p> <p>b) infracciones que tuviesen efectos en un país distinto del lugar donde se cometen;</p> <p>c) infracciones que pudiesen ser consideradas graves "delitos contra el medio ambiente" en cualquier país, entre los que debieran incluirse los relativos al patrimonio cultural, los relativos al manejo de desechos tóxicos y a la flora y fauna"</p>	<p>- El medio ambiente y el patrimonio cultural</p>
<p>Aprobada en el congreso de Viena diciembre 1993 (E/CN.4/1994/4/Add.2,10) y en el Noveno Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, El Cairo, 29 de abril a 8 de mayo de 1995.</p>		

- Cuando no exista esta exhortación convencional, en base al mismo programa constitucional (fragmentariedad, proporcionalidad, última ratio) el legislador tiene que tener presente que si el injusto atentatorio contra los bienes jurídicos supraindividuales es menos grave podría ser sancionado por la «vía administrativa»; cuya sanción tendrá, si bien un menor efecto intimidatorio y, por ende, preventivo, ello será compensado con la mayor eficacia que permite el procedimiento administrativo sancionador— dada la flexibilización de las garantías—.
- Siendo, precisamente, esta ponderación de oportunidad y eficacia, la que debe complementar el análisis de fragmentariedad; pues, si el legislador tiene la pretensión de sancionar penalmente una conducta que afecta gravemente a un bien jurídico colectivo, debe confirmar esta decisión que, por fragmentariedad, *prima facie* le inclina a criminalizar con un ejercicio de ponderación que le permita considerar, por un lado, la mayor eficacia y celeridad (*enforcement*) de la sanción administrativa (propia de la flexibilización de las garantías) así como el menor efecto intimidante de su sanción; y, en el otro plato de la balanza, la menor eficacia y celeridad de la sanción penal (propio de la rigurosidad de las garantías), así como el mayor efecto intimidante de su sanción. De esta manera, si el legislador considera que el efecto preventivo que busca lo obtendrá con una mayor sanción, a pesar que su prontitud y eficacia se vean morigeradas, entonces deberá optar por el derecho penal; pero, si considera que el efecto preventivo que busca lo obtendrá con una sanción mucho mejor, pero más célere y eficaz, entonces deberá optar por el derecho administrativo.
- Realizando una importante regresión, es importante recordar lo concluido supra, a saber que, si bien existe una «identidad cualitativa» entre el «injusto penal» y el «injusto administrativo», su diferencia cuantitativa justifica, en base a la proporcionalidad, la menor sanción (que de ninguna manera

puede ser privativa de libertad) y, por ende, la flexibilización de ciertas garantías en busca de la eficacia preventiva; habiendo, sin embargo, dejado en claro que, a la luz de la «doctrina y jurisprudencia» citada hay ciertas garantías que no pueden ser flexibilizados, como es el caso del principio del “*ne bis in ídem*”.

- Con el fin de precisar esta postura, en la siguiente tabla se señalan los principios que, bajo la premisa de unificación del “*ius puniendi*”, se replican en ambos órdenes, haciendo hincapié en las garantías que, a decir del Tribunal Constitucional nacional, reconocen cierta flexibilización, la cual tiene que ser tomado en cuenta por el legislador al momento de realizar el ejercicio de ponderación de la eficacia entre uno y otro orden.

Cuadro Nro. 02.

Regulación y flexibilización de las garantías sancionadoras en el orden penal y en el orden administrativo sancionador

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL	DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	POSIBILIDADES DE FLEXIBILIZACIÓN
Legalidad:	Legalidad	No acepta flexibilización:
«Artículo II del Título Preliminar del Código Penal»	«Art. 248.1° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)»	“(…) los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)” («Sentencias emitidas en los Expedientes 02050-2002-AA/TC, 02192-2004-PA/TC y 00156-2012-PHC/TC entre otras»).
		“(…) De lo contrario, la persona sancionada podría encontrarse en indefensión pues tendría dificultades para conocer las infracciones concretas que se le imputan lo que limitaría severamente su capacidad para defenderse en el proceso judicial penal o en el procedimiento administrativo correspondiente” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp.N°020-2015- PI/TC, Ftos.N°37- 41”).

<p>Tipicidad y proscripción de la analogía</p> <p>«Artículo III del Título Preliminar del Código Penal».</p>	<p>Tipicidad y proscripción de la analogía</p> <p>Art. 248.4° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General.</p>	<p>No acepta flexibilización:</p> <p>“Se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible cumple con estándares mínimos de precisión” (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp. N° 020-2015- PI/TC, Ftos. N° 41).</p>
<p>Protección de bienes jurídicos</p> <p>«Artículo I del Título Preliminar del Código Penal».</p>	<p>Protección de bienes jurídicos</p> <p>Art. 251° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General.</p> <p>Art. 239° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General.</p>	<p>No admite flexibilización:</p> <p>En base a las conclusiones dogmáticas arribadas hasta el momento, ambos órdenes jurídicos tutelan bienes jurídicos sancionando las conductas que los atentan con mayor o menor gravedad. En base a esta premisa, el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que, para invocar el “<i>ne bis in idem</i>”, es necesario que “cuando menos dos de las sanciones impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal”</p> <p>(Tribunal Constitucional, EXP. N.º 2868-2004-AA/TC, F.J N° 04-05).</p>

<p>Proporcionalidad</p> <p>«Art. VIII del Título Preliminar del Código Penal».</p>	<p>Razonabilidad</p> <p>Art. 248.3° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General.</p>	<p>No acepta flexibilización:</p> <p>“(…) la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos, está vinculada al irrestricto respeto de los principios constitucionales, como el de la razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N.º 2050-2002-AA/TC, F.J N° 13”).</p>
<p>Irretroactividad y Favorabilidad al procesado</p> <p>Art. 6° Código Penal.</p>	<p>Irretroactividad y favorabilidad al administrado</p> <p>Art. 248.6° del T.U.O de la Ley de Procedimiento Administrativo General.</p>	<p>No acepta flexibilización:</p> <p>“los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el orden penal, sino también en el administrativo (…)” (cfr. “Sentencias emitidas en los Expedientes 02050- 2002-AA/TC, 02192-2004-PA/TC y 00156-2012-PHC/TC entre otras”). (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp. N° 020-2015-PI/TC, F.J. N°37”).</p>
<p>Concurso de delitos</p> <p>Art. 48° Código Penal –Concurso Ideal–; Artículo 50° Código Penal</p>	<p>Concurso de infracciones</p> <p>«Art. 248.6° del T.U.O de la Ley del Procedimiento</p>	<p>No admite flexibilización:</p> <p>En base a la misma sentencia citada, al devenir las «reglas de concursos» de los «principios de legalidad» y de «proporcionalidad», estas no aceptan flexibilización</p>

–Concurso real de delitos–.	Administrativo General».	(“Tribunal Constitucional, Exp. N° 020-2015-PI/TC, F.J. N°37”).
Delito continuado Art. 49° Código Penal.	Continuación de infracciones «Art. 248.7° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General».	No admite flexibilización: En base a la misma sentencia citada, al devenir las «reglas de concursos» de los «principios de legalidad» y de proporcionalidad, estas no aceptan flexibilización (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 020-2015-PI/TC, F.J. N°37”).
Responsabilidad personal (Culpabilidad) «Art. VII del Título Preliminar del Código Penal»	Causalidad «Art. 248.8° del T.U.O de la Ley de Procedimiento Administrativo General».	No admite flexibilización: En base a la misma sentencia citada, al devenir la responsabilidad personal del principio de culpabilidad, no es aceptable flexibilización (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 020-2015-PI/TC, F.J. N° 37”).
Responsabilidad Subjetiva (Culpabilidad) Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Artículo 14° Código Penal.	Responsabilidad Subjetiva (Culpabilidad) «Art. 248.10° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General». «Art. 257.1. e) del T.U.O de la Ley General del Procedimiento Administrativo	No admite flexibilización: Como se ha señalado supra, no puede existir un injusto culpable (dado que todo destinatario de la norma tiene que actuar motivadamente); por lo que la responsabilidad subjetiva caracteriza estructuralmente al injusto administrativo y al injusto penal y, por lo tanto, no cabe dogmática ni constitucionalmente, la responsabilidad objetiva en ninguno de los dos órdenes.

Sancionador».

En ese sentido, la tendencia actual es exigir la responsabilidad subjetiva en la comisión de la infracción administrativa, tal como se regula en el artículo 130.10° de la LPAG; no obstante, con una inconstitucional anuencia del artículo 130.10° de la LPAG, aún se mantienen sectores de la administración que permiten la flexibilización de este principio mediante la regulación de la responsabilidad objetiva, “como es el caso de la modificación de la «Ley N° 30225» realizada mediante el Decreto Legislativo Nro. 1341», que regula una responsabilidad objetiva del infractor.

Sin embargo, normas como estas son inconstitucionales debido a que, antes de la modificación de la Ley de Procedimiento Administrativo General (mediante la cual se introdujo la responsabilidad subjetiva) el Tribunal Constitucional ya había señalado, expresamente, que: “los tribunales administrativos no son tribunales de honor y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de responsabilidad objetiva del administrado, lo que nos lleva a

revisar el principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. Nro. N.º 01873-2009-PA/TC, F.J N° 12”).

Como se puede apreciar, queda claro que, en ambos órdenes jurídicos opera la responsabilidad subjetiva, como pilar del «principio de culpabilidad», no existiendo razones para admitir la flexibilización de este principio.

No obstante, esta posición no deja de ser objetada, pues se continúa afirmando la flexibilización en base al hecho de que en el derecho administrativo se reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas y en el ámbito penal aún no; sin embargo, en esta investigación, se suscribe el criterio del doctor Baca (2019), quien deja en claro que, la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas no implica reconocer una responsabilidad

objetiva; pues “ en estos casos es necesario construir un concepto de culpabilidad adecuada a las características de estos sujetos, la cual será culpable cuando exista un déficit de organización, por lo que no será necesario acreditar si la persona natural vinculada a la jurídica actuó con dolo o culpa, la cual se presumirá encontrado el defecto de organización, salvo que esta pruebe su actuar diligente” (pp.139-140).

En ese sentido, no quedaría matizado el «principio de culpabilidad», sino la «presunción de inocencia» – o de licitud– de la persona jurídica, quien, debido a una «inversión de la carga de la prueba», tendría que acreditar que su actuar fue diligente, en base a programas de autorregulación, conocidos como compliance.

Así, aunque el Derecho Administrativo sancione personas jurídicas y el derecho penal aún no, no da pie para afirmar la flexibilización del principio de culpabilidad; pues, aún con una estructura sui géneris, es necesario acreditar –aunque sea por

presunción– la culpabilidad de la persona jurídica.

Esta posición ha adquirido sustento, con la emisión de la Ley Nro. 30424 (y su modificatoria por la Ley Nro. 30835), la cual ha regulado, en su artículo 4° supuestos de responsabilidad independiente –aunque aún administrativa– de la persona jurídica a través de defectos de organización, por la comisión de delitos de cohecho trasnacional, lavado de activos, criminalidad organizada y corrupción, cometidos en su contexto; cuestión que da pie a afirmar que, motivado por los cambios postindustriales globalizados, la legislación peruana no se encuentra lejos de reconocer, también, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir, precisamente, de este «defecto de organización».

<p>«Debido proceso»</p> <p>Contenido en las garantías reguladas en los artículos I al X del Título Preliminar del Código Procesal Penal</p>	<p>Debido procedimiento</p> <p>«Art. 248.2° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General».</p>	<p>No acepta flexibilización:</p> <p>“Se reitera que el “debido proceso” y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo (“Tribunal Constitucional peruano, Exp. N.º8605-2005-AA/TC, FJ 13”).</p>
<p>Debida Motivación</p> <p>Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Penal.</p>	<p>Debida Motivación</p> <p>«Art. 3.4° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General»</p>	<p>Sí acepta flexibilización:</p> <p>“Sobre el principio de congruencia, si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin variar las pretensiones, en sede administrativa, dicho principio se encuentra flexibilizado, en la medida que en el iter del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N.º 04293-2012-PA, F.J.12-13”)</p>

Presunción de inocencia	Presunción de ilicitud	Sí acepta flexibilización
«Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Penal».	Art. 248.9° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General.	Como es reconocido por Ponce (2017), la flexibilización de la «presunción de inocencia» se manifiesta en la actividad probatoria, en cuya práctica se otorga un mayor valor a los documentos e informes oficiales que, en la gran mayoría de casos, orientan la decisión final (p.354)
<u>“NE BIS IN ÍDEM”</u> Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Penal.	<u>“NE BIS IN ÍDEM”</u> Art. 248.11° del T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General	Como se ha señalado en las cuestiones previas, el “ <i>ne bis in ídem</i> ” encuentra su fundamento en los «principios de legalidad y proporcionalidad» (en cuanto a su contenido material), así como en el “debido proceso” (en cuanto a su contenido procesal); por lo que, si estas garantías fundamentadoras no admiten su relajamiento en el orden administrativo, tampoco el “ <i>ne bis in ídem</i> ” será susceptible de flexibilización. El «Tribunal Constitucional» ha dejado en claro que “no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la misma se fundamenta en un mismo contenido del injusto, sea este administrativo o de carácter penal” (“Tribunal Constitucional Peruano”, Exp. Nro. 2868-2004-AA/TC, F.J Nro. 04)

- Como se puede apreciar, la vigencia de los «principios del derecho penal» en el «orden administrativo», en base a un criterio unitario, no ha impedido que alguno de ellos sean flexibilizados; resguardándose, no obstante, un «núcleo básico de garantías para el “*ius puniendi*” administrativo», como son los «principios de legalidad», «culpabilidad» y «*ne bis in ídem*», pero flexibilizando otros como el de legalidad procesal o presunción de la licitud; justificándose, esta flexibilización, en la diferencia cuantitativa de los injustos y, por ende, en las sanciones menores del orden administrativo en comparación a las del orden penal.
- En esa misma línea cuantitativa, es necesario aclarar que, si bien las garantías del orden penal se ven también flexibilizados en la tutela de «bienes jurídicos colectivos»- en lo que Silva Sánchez llama derecho penal de segunda velocidad o Cordero derecho penal colateral²³- es necesario señalar que esta flexibilización no puede darse en aquellos principios que la doctrina y la jurisprudencia citada niegan su virtualidad de flexibilidad (entre ellos el “*ne bis in ídem*”); y, en los principios en donde sí es aceptada su matización, no puede tener la intensidad que se tiene en el orden administrativo, ello en base a la «relación directamente proporcional» que tiene que existir entre la gravedad del injusto, la cuantía de la sanción y la rigurosidad de las garantías.
- Asimismo, en base a esta misma relación proporcional entre la gravedad del injusto, de la sanción y la rigurosidad de las garantías, se puede concluir que, si bien el derecho penal, que recoge las conductas que atentan contra bienes jurídicos colectivos, pueden flexibilizar las garantías susceptibles de

23 El mismo Tribunal Constitucional Peruano admite la flexibilización de los principios o garantías en el Derecho Penal que protege bienes jurídicos colectivos surgidos producto de una moderna sociedad de riesgo (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. Nro. 6-2014-PI, F.J 61).

matización, ello se deberá verse correspondido con la disminución de las sanciones penales que se impongan.

- Ahora bien, retornando al ejercicio de la ponderación –como complemento de la fragmentariedad– es necesario señalar que el mismo debe ser realizado teniendo presente cada una de las ventajas y desventajas que otorga la vía penal y la vía administrativa. Empezando por esta última, la mayor capacitación técnica de los órganos administrativos, la flexibilidad de los sistemas de regulación y, por ende, su mayor compatibilidad con la movilidad de la materia en que surgen los bienes jurídicos colectivos y como desventaja el menor efecto intimidatorio de su sanción, así como la flexibilización de alguna de las garantías del sancionado. En cambio, sobre las ventajas del «sistema penal», están la rigurosidad de las garantías procesales y materiales con las que no cuenta el orden administrativo, además del mayor efecto intimidatorio desarrollado supra; y, como desventajas, la menor celeridad y eficacia de la sanción (como se ha expuesto supra) y, sobre todo, el efecto estigmatizante y desocializador de su sanción.
- Por último, al igual que Habermas, en esta investigación se considera también importante que la actividad legislativa no termine en la dación de la ley que sanciona –criminal o administrativamente una conducta– sino, también, en realizar una revisión continua (argumentativa y comunicada con la población) de los cambios en los «contenidos de deber», cuya infracción lesiona un «bien jurídico», los cuales pueden mantenerse legalmente, pero haber cambiado socialmente.

Como se puede apreciar, hasta este momento se ha sustentado la manera en que las bases dogmáticas, arribadas en esta tesis, así como la aplicación de la propuesta técnica «de identidad de fundamento como contenido del injusto», permiten identificar aquellos supuestos de

superposición regulatoria entre ambos órdenes punitivos; e impedir, vía *lege lata*, la duplicidad de una sanción con ropaje penal y otra con ropaje administrativo.

Asimismo, las bases dogmáticas sentadas en esta investigación han permitido el esbozo de medidas *de lege ferenda* que faciliten la variación de los límites entre ambos órdenes, a partir de criterios político criminales que faculten, en base a la trascendencia de los «bienes jurídicos» o la gravedad de sus ofensas la redefinición de las fronteras entre uno y otro orden y la distribución de los injustos que serán sancionados, únicamente, por el «derecho penal» y aquellos que serán sancionados, únicamente, por el «derecho administrativo sancionador».

No obstante, con la intención de no circunscribir esta tesis al plano de *lege ferenda* o al plano material de *lege lata*; es necesario avocarse a los criterios procesales que, adecuándose a las bases dogmáticas expuestas, efectivicen al “*ne bis in ídem*”, ante la concurrencia de una «sanción o proceso penal» y una «sanción y procedimiento administrativo sancionador» por el mismo fundamento.

4.4. “Sobre los Criterios Procesales Necesarios para Efectivizar al *ne bis in ídem*, ante la Concurrencia de una Sanción o Proceso Penal y una Sanción o Procedimiento Administrativo Sancionador por el mismo fundamento”

Como se señala líneas arriba, cuando los ilícitos administrativo y penal, sean idénticos, es decir cuando exista identidad de fundamento, *de lege lata* se deben adoptar soluciones procesales, que impidan la doble sanción o el doble proceso en contra de un mismo ciudadano y, por lo tanto, garanticen la eficacia del “*ne bis in ídem*”.

Así, ante el primer escenario planteado por los ilustres académicos

citados en los antecedentes y estado de la cuestión, esto es ante la concurrencia simultánea de ambos tipos de procesos, se defiende *prima facie* la aplicación del principio de preeminencia del derecho penal, proponiendo que, en las normas que regulan las funciones de los órganos fiscalizadores y sancionadores de las distintas esferas de la Administración, se establezcan mandatos claros que generen la obligación de que, en caso la autoridad administrativa llegue a conocer *ab initio* hechos de relevancia penal, se abstenga de iniciar un «procedimiento administrativo sancionador» (por más que dichos hechos se subsuman también una infracción administrativa), obligándose, bajo responsabilidad legal, a poner en conocimiento de dichos hechos al «Ministerio Público», como «titular de la acción penal».

Asimismo, si en el transcurso de un «procedimiento administrativo sancionador» la autoridad se percató que los hechos investigados tienen relevancia penal, o que están siendo conocidos por la autoridad jurisdiccional, deberá paralizar dicho procedimiento y, bajo responsabilidad legal, remitir todo lo actuado al «Ministerio Público» o al Poder Judicial, cometido que sólo será posible con un desarrollo normativo meticuloso de la «regla de preeminencia del derecho penal», que genere la plataforma necesaria para gestar una adecuada coordinación entre órganos administrativos y judiciales.

Por otro lado, ante el segundo escenario planteado, esto es la incidencia de la sentencia penal sobre la resolución administrativa posterior, se sostiene, en concordancia parcial con los académicos referenciados *supra*, que se debe partir del criterio de «vinculación de los hechos probados». A partir de este criterio, se tiene que tener en cuenta que los efectos sobre un eventual procedimiento administrativo sancionador van a ser muy distintos, dependiendo de si la resolución judicial condena o absuelve al procesado. Así, si la resolución penal es condenatoria quedará proscrito un posterior proceso administrativo sancionador y si es absolutoria podrá reabrirse el mismo, con el fin de procesar y eventualmente sancionar el ilícito administrativo, siempre y

cuando se respete los hechos probados en el proceso penal.

Sin embargo, a nuestro parecer, las teorías vigentes en la actualidad, expresadas en el estado de la presente cuestión, se encuentran generalizando la solución esbozada a dos casos distintos, que ameritan una solución diferenciada y propia: A) El caso en que el «ilícito administrativo» es idéntico al «ilícito penal», y por lo tanto hay una identidad de fundamento plena y B) el caso en que el «ilícito penal» tiene un «plus de antijuridicidad» en relación al «ilícito administrativo», abarcándolo y superándolo en su ilicitud. A continuación, se grafica la postura sostenida en esta tesis.

- A) Si después de realizar un análisis comparativo cuantitativo entre los ilícitos contenidos en la norma penal y administrativo, se concluye que el ilícito administrativo, en sus elementos esenciales, es idéntico al ilícito penal, entonces, sea la sentencia penal absolutoria o condenatoria, proibirá el inicio de un proceso administrativo posterior, pues de reabrirse este, en caso la sentencia haya sido condenatoria, se estará vulnerando al “ne bis in ídem” material y procesal, y en caso la sentencia haya sido absolutoria, si bien no existirá una doble sanción, sí existirá un doble proceso sobre el mismo fundamento; por lo que irremediabilmente se vulneraría el “ne bis in ídem” procesal.
- B) En el caso en que el «ilícito penal» tenga un «plus de antijuridicidad» en relación al «ilícito administrativo», se propone las siguientes soluciones:
 - b.1) Si en el proceso penal se condena, entonces quedará proscrito un posterior proceso administrativo, pues el «ilícito penal» y el «ilícito administrativo» (que se encontraba abarcado dentro de éste) ya fueron sancionados.
 - b.2) Si en el proceso penal se absuelve se podrán dar los siguientes supuestos:

b.2.1) Supuestos Fácticos (sobre los hechos):

- Si en el proceso penal se comprobó que los hechos nunca existieron, entonces el proceso administrativo sancionador no podrá iniciarse, al ya no tener la administración un sustento fáctico sobre la cual sancionar al administrado.

- Si en el proceso penal se comprueba que los hechos existieron, pero que el imputado no participó de los mismos, el proceso administrativo sancionador no podrá iniciarse, al ya no tener la administración sustento fáctico que permita la imputación de los hechos al administrado, sin perjuicio que se inicie un proceso administrativo sancionador contra otras personas.

b.2.2) Supuesto de Tipificación (encuadramiento en el injusto): Si la sentencia absolutoria declara que los hechos existieron, pero que estos no llegan a subsumirse en la totalidad del ilícito penal, entonces se podrá reabrir un proceso administrativo que conozca los hechos probados en el proceso penal, pero ya no para ser subsumidos en el ilícito penal, sino sólo en el ilícito administrativo (sin ese plus de antijuridicidad que lo diferenciaba del penal).

b.2.3) Supuesto Probatorio (vinculados a la insuficiencia probatoria): Si la sentencia absolutoria declara que no existe la suficiente prueba de cargo para comprobar la existencia del ilícito penal, entonces se podrá reabrir posteriormente un proceso administrativo sancionador, que concentre su actividad probatoria en comprobar la realización del ilícito administrativo, respetando los hechos probados en el proceso penal.

Si bien es cierto, las soluciones propuestas en los últimos dos

supuestos pueden ser objeto de una crítica que revele la vulneración del “*ne bis in ídem*” procesal, con la incoación de dos procesos sancionatorios sobre el mismo ilícito (el administrativo); sin embargo esto no es correcto, pues el proceso penal que se desarrolló en un primer momento tuvo como objeto encuadrar los hechos probados en la totalidad del ilícito penal, que si bien abarcaba al injusto administrativo, la operación de subsunción se realiza considerando al injusto penal en su conjunto (ilícito administrativo + plus de antijuricidad), con una evaluación parcial que analiza solamente la relevancia penal, sin un análisis individualizado del injusto administrativo, que permita determinar su configuración, por lo que la resolución penal pudo determinar que los hechos no alcanzaban a encuadrar en el ilícito penal, sin que eso signifique que tampoco puedan calzar en el injusto administrativo.

Lo mismo ocurre en el supuesto probatorio; pues la actividad probatoria del proceso penal se centró en determinar la existencia de los hechos que configuren el ilícito penal (hechos de relevancia penal), sin una focalización probatoria individualizada, que permita comprobar la existencia de los hechos como constitutivos del ilícito administrativo.

Finalmente, ante el tercer escenario planteado, esto es la vigencia del “*ne bis in ídem*” cuando se ha impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal, se sostiene que el criterio cronológico es el único que garantiza completamente la vigencia del “*ne bis in ídem*”, teniendo como marco las premisas de la unidad del “*ius puniendi*” y de la identidad cualitativa entre la «sanción administrativa» y la «sanción penal»; siendo necesario centrar la presente posición en su robustecimiento teórico, que desvirtúe los talones de Aquiles de dicha importante teoría.

En efecto, uno de los puntos débiles de dicha teoría es la presunta afectación al principio de interpretación constitucional de concordancia práctica, de acuerdo al cual los derechos fundamentales, como el “*ne bis in ídem*”, deben ser interpretados en concordancia con los demás

principios que fundamentan nuestro ordenamiento jurídico, lo cual permita un equilibrio garantista-eficientista, que por un lado garantice el respeto del “*ne bis in idem*”, pero amparen también la eficacia de los «principios de legalidad» y «jurisdicción penal», los cuales se verían vulnerados al dejar a la administración sancionar una conducta que se subsume en un delito.

Ante ello, resulta pertinente señalar que no se está ante una ponderación de dos o más derechos o principios constitucionales, de los que se requiera su interpretación concordante, sino ante la disyuntiva de garantizar la eficacia de un derecho fundamental, como es el “*ne bis in idem*”, o de la potestad persecutoria y sancionadora estatal, cuyo ejercicio fue impedido negligentemente por el propio Estado, al procesar y/o sancionar una conducta de relevancia penal con un órgano incompetente; disyuntiva que en todo caso, de acuerdo al principio de concordancia práctica desarrollado por Tribunal Constitucional, “deberá ser reconducida a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de la dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado” (“Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 5854-2005-PA/TC-PIURA, Fundamento N°12”).

En la misma línea, comulgar con dicha supuesta debilidad significaría avalar que la vigencia del “*ne bis in idem*” depende del propio Estado, pues si los órganos administrativos que lo conforman respetan los principios de legalidad y jurisdicción penal y remiten el injusto penal al conocimiento de la autoridad penal, entonces se mantendrá vigente el “*ne bis in idem*”, pero si los órganos administrativos vulneran los principios de legalidad y jurisdicción penal, procediendo a sancionar un injusto penal con una sanción administrativa, entonces no se mantendrá la vigencia del “*ne bis in idem*”, justamente para salvaguardar los principios que el propio Estado conculcó.

Con lo dicho, no se sustenta que el *ne bis idem* es un derecho absoluto, que no acepta restricción alguna en pro de intereses públicos, como el de

persecución estatal de los delitos; pues, conforme se señala supra, en el presente caso se está frente a un conflicto entre un derecho fundamental y un interés público de persecución penal, en el que sea necesario restringir ciertos derechos fundamentales para lograr los fines públicos (como sucede por ejemplo con las medidas de coerción penal, en que se restringe la libertad para asegurar la eficacia del proceso penal); sino que, se está ante un hecho irregular del Estado (la sanción administrativa de un injusto penal) consistente en vulneraciones de principios constitucionales, las cuales pretende remediarlas sacrificando derechos fundamentales del ciudadano.

Otro óbice que encontraría el criterio cronológico es la corrupción estatal, marco social que generaría no pocas veces (más aún en un país con altos índices de corrupción como el nuestro), que la sanción administrativa del ciudadano, sea impuesta con el único fin de sustraerlo de la jurisdicción penal, generándose impunidad y por ende que la sanción penal (la cual se supone con mayor capacidad de prevención) no logre los fines preventivos para los cuales había sido regulada, convirtiendo al criterio cronológico en un arma de doble filo, al causar la proliferación de conductas administrativas ilícitas.

Sin embargo, en un país en que la corrupción es sistemática y hasta forma parte intrínseca de la sociedad, se debe señalar que no sólo la autoridad administrativa es proclive a incurrir en actos de corrupción, sino también cada una de las autoridades que conforman el sistema penal, en las cuales se concentra también este fenómeno; por lo tanto, es posible alegar que las autoridades administrativas son altamente corruptibles y que las autoridades del sistema penal están inmaculadamente libres de ella.

Sin perjuicio de lo dicho, se plantea, como aporte teórico, que la teoría cronológica debe tener una excepción en su aplicación, en la cual sí se tendrá que soslayar la vigencia del "*ne bis in ídem*" (al no ser un derecho absoluto), para someter a un ciudadano a un proceso penal y sancionarlo eventualmente por el injusto penal cometido, a pesar de haber

sido sancionado previamente con una «sanción administrativa». Así, se plantea la inaplicación de la garantía del “*ne bis in ídem*” (y por ende del criterio cronológico) cuando el ciudadano, de manera deliberada, realiza acciones con el único fin de recibir la sanción administrativa y evitar la sanción penal, verbigracia corrompiendo a la autoridad administrativa.

El fundamento de esta excepción radica en que ya no se está ante un único acto irregular por parte del Estado, sino también ante un acto ilícito del ciudadano, quien abusando de su derecho a no ser procesado y sancionado dos veces por el mismo injusto, busca ex profesamente la sanción administrativa, con el único fin de evitar la sanción penal; por lo tanto, con la incoación de un segundo proceso y la eventual sanción en la vía penal se está salvaguardando el principio de legalidad y jurisdicción penal que no sólo lesionó el Estado, sino que el propio ciudadano coadyuvó para su vulneración, quien ahora ya no podrá hacer valer su derecho al “*ne bis in ídem*” para evitar el remedio de los principios que el mismo conculcó.

Finalmente, y con el fin de cerrar la postura de esta tesis, no es posible dejar de subrayar que lo principal para lograr una efectiva defensa contra el constante riesgo de afectación del “*ne bis in ídem*”, es evitar tratar a esta importante garantía como un simple axioma más, sino como una de las piezas claves en el sistema sancionador –material y procesal– peruano, cuya identidad de fundamento, entendido como el contenido del injusto, establecido en las previsiones normativas penales o administrativas, sea el lindero que redefine los límites cuantitativos entre estas «dos ramas jurídicas hermanas», que tiene a un único e indivisible “*ius puniendi*” como padre.

5. CONSECUENCIAS

En base a lo ya expuesto, se ha disgregado las consecuencias de la presente investigación en base a su incidencia de *lege lata* y de *lege ferenda*. Así, habrá que atenernos, en primer lugar, a la normativa existente, a pesar de las objeciones técnicas que pudieran existir, buscando soluciones interpretativas y aplicativas de la norma material y procesal que nos permita una adecuada defensa del “*ne bis in ídem*”; y, en segundo lugar, señalando que la defensa íntegra de la posición teórica que sostiene la presente tesis implica una radical propuesta de reforma legislativa, que garantice la real defensa de esta garantía constitucional.

5.1. Consecuencias Dogmáticas (Lege Lata)

5.1.1. En el Ámbito Material

Como se señaló líneas arriba²⁴, la comparación de los ilícitos regulados en la previsión normativa penal y en la administrativa, en base a la teoría cuantitativa que se sostiene en esta investigación, tienen como consecuencia directa la utilización de la regla concursal, como instrumento basilar para subsumir uno o más hechos en uno o más ilícitos penales o administrativos, sin que ello implique una contravención a la garantía del “*ne bis in ídem*”.

En efecto, el uso de la posición cuantitativa tiene como fin la inaplicación de dos previsiones normativas que configuran un mismo injusto- igual fundamento- a un mismo hecho; encontrando en la teoría de los concursos a un gran aliado dogmático para garantizar eficazmente la vigencia del “*ne bis in ídem*”.

24 Supra Cap. 4.1

En efecto, la consideración del “*ne bis in ídem*”, como fundamento del concurso aparente de leyes, no sólo confirma que la «identidad de fundamento» debe ser entendida como el contenido del injusto –cuyos elementos constitutivos no sólo manifiestan al bien jurídico sino además la forma más o menos grave en que es afectado o puesto en peligro–; sino que genera, como consecuencia directa, la necesidad de utilizar, conjunta y armónicamente, a ambas instituciones para evitar la imposición de dos o más sanciones por un mismo fundamento, reflejado, valga la redundancia, en un mismo contenido del injusto.

Así, cuando no se apliquen los principios que solucionan el concurso aparente de leyes, como el principio de especialidad, consunción o subsidiariedad (Villavicencio, 2017, p.712), se estará vulnerando la garantía del “*ne bis in ídem*”, pues se estaría sancionando a una misma persona, por los mismos hechos y por dos previsiones normativas que tiene el mismo contenido del injusto –y por ello por la misma afectación o puesta en peligro del «bien jurídico»–; debiéndose tener presente que en el supuesto de concurso real y concurso ideal de delitos sucede lo contrario, pues al tratarse de uno o varios hechos que configuran distintos injustos, las sanciones que se impongan tendrán diferente fundamento –evidenciado en diferentes elementos constitutivos del injusto y, por ende, en un bien jurídico distinto o en una diversa forma de su afectación– y, por lo tanto, no se configurará un *bis in ídem*.

Como menciona Rojas (2008), en los supuestos de concursos de delitos, trátase del concurso ideal o real, no existirá transgresión al “*ne bis in ídem*”, pues si bien puede darse el supuesto de que exista un mismo sujeto y hecho (concurso ideal), los fundamentos concurrentes son distintos (p. 235). De manera similar, el Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos, en el caso *Olivera vs. Suiza*, ha dejado en claro que, al tratarse de un único hecho, pero constitutivo de varias infracciones penales, no implica la vulneración del “*ne bis in ídem*”, sino la presencia de un concurso ideal (Tribunal de Estrasburgo, caso *Olivera vs. Suiza*, 30 de Julio de 1998).

Es así que, el sostener la posición defendida en esta investigación, generará que el “*ne bis in ídem*” se vincule a la teoría de los concursos, no sólo como su axioma sustentador, sino también como su aliado dogmático, cuyo ejercicio conjunto permitirá impedir la contravención a cada uno de sus contenidos constitucionales. A continuación, se grafica la forma en que el “*ne bis in ídem*” se vincula a la teoría de los concursos:

En el Concurso Real:



«Por lo tanto, no hay vulneración del *ne bis in ídem*»

Figura Nro. 01. «Falta de vulneración del *ne bis in ídem* en el concurso real»

En el Concurso Ideal:

Figura Nro. 02. «Falta de vulneración del ne bis in ídem en el concurso ideal»

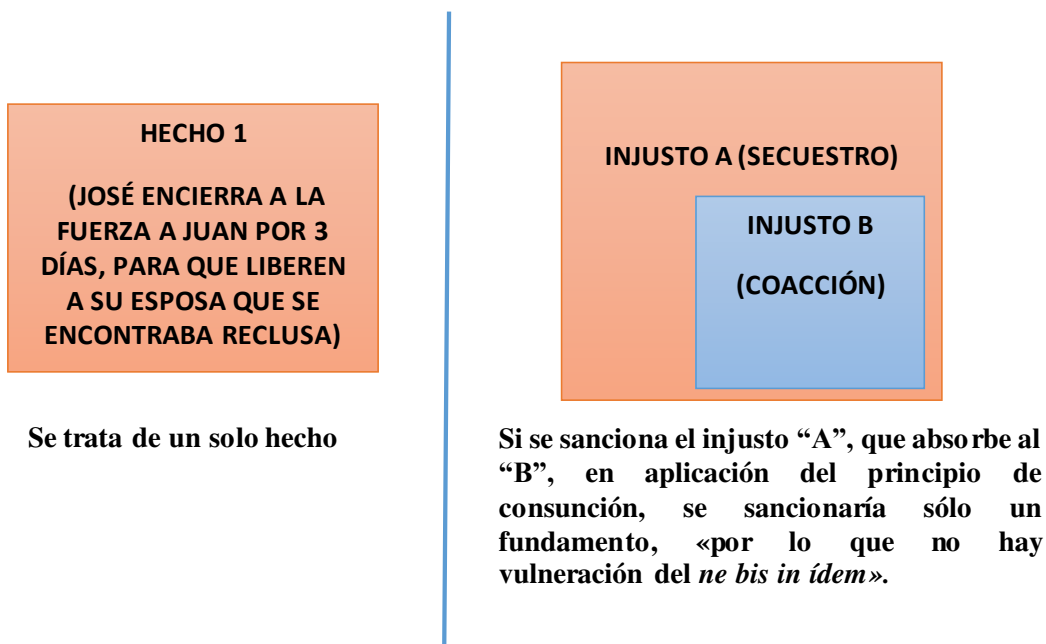
En el Concurso Aparente (cuando se aplica el principio de consunción):

Figura Nro. 03. Falta de vulneración del “ne bis in ídem” en el concurso aparente cuando se aplica el principio de consunción.

En el Concurso Aparente (cuando no se aplica el principio de consunción):

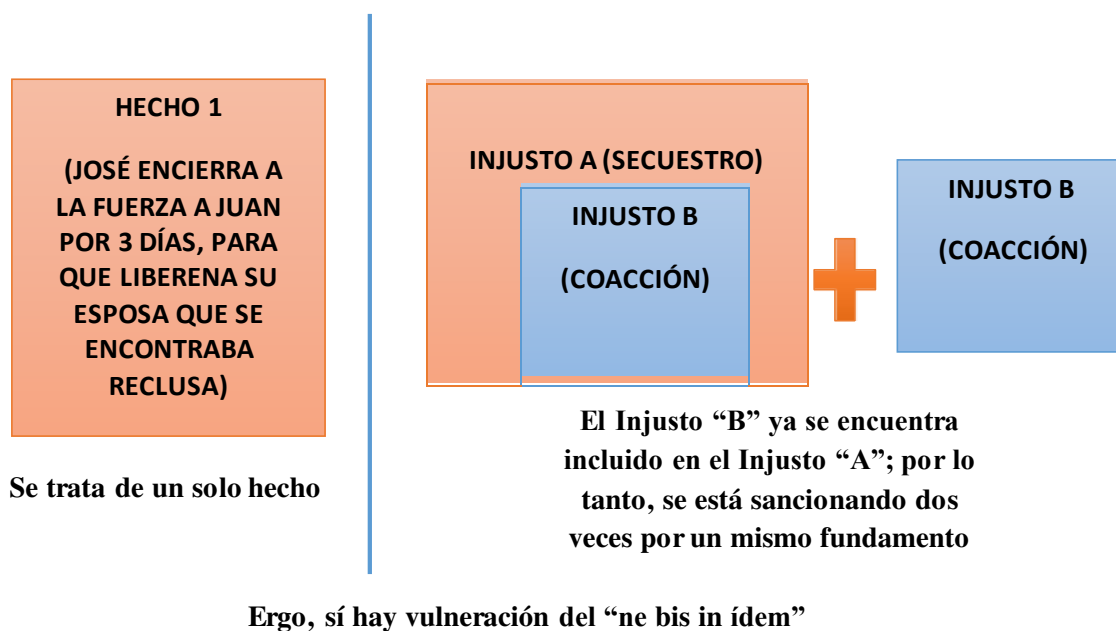


Figura Nro. 04. *Vulneración del “ne bis in idem” en el concurso aparente cuando no se aplica el principio de consunción.*

Así, teniendo en cuenta este último esquema, se llega a la conclusión de que no identificar a la identidad de fundamento con el contenido del injusto, impide, como consecuencia directa, la ineficacia de la aplicación de las «reglas del concurso», en cuanto a su capacidad protectora del “*ne bis in idem*”. Como concluye el abogado Nakasaki (2002), la inexistente o incorrecta aplicación de las «reglas del concurso aparente» transgrede el “*ne bis in idem*”, pues no se generará otra cosa que no sea la dúplica injustificada de sanciones, pues sólo un tipo penal abarca el contenido del injusto que corresponde irrogar al hecho imputado (p.199).

Ahora bien, la adopción de esta posición teórica generará, como consecuencia principal, que las mismas reglas graficadas supra sean aplicables al caso de concurso entre infracciones administrativas y delitos; pues, como advierte Caro (2006), la prohibición de duplicar sanciones opera siempre que exista un contenido del injusto, sin importar si el mismo

se encuentra recogido en una norma administrativa o penal (p.74).

Para ello, como premisa mayor se debe tener presente que la semejanza cualitativa y diferencia cuantitativa entre ambos ilícitos tiene como principal consecuencia que el ilícito penal tienda a tener un plus de antijuricidad respecto al ilícito administrativo y que, por lo tanto, se pueda afirmar la existencia de un concurso aparente entre estos ilícitos, solucionable a través del principio de consunción, cuya aplicación generará la absorción del segundo por el primero en clara salvaguardia del “*ne bis in ídem*”. Lo dicho es graficado en los esquemas subsiguientes:

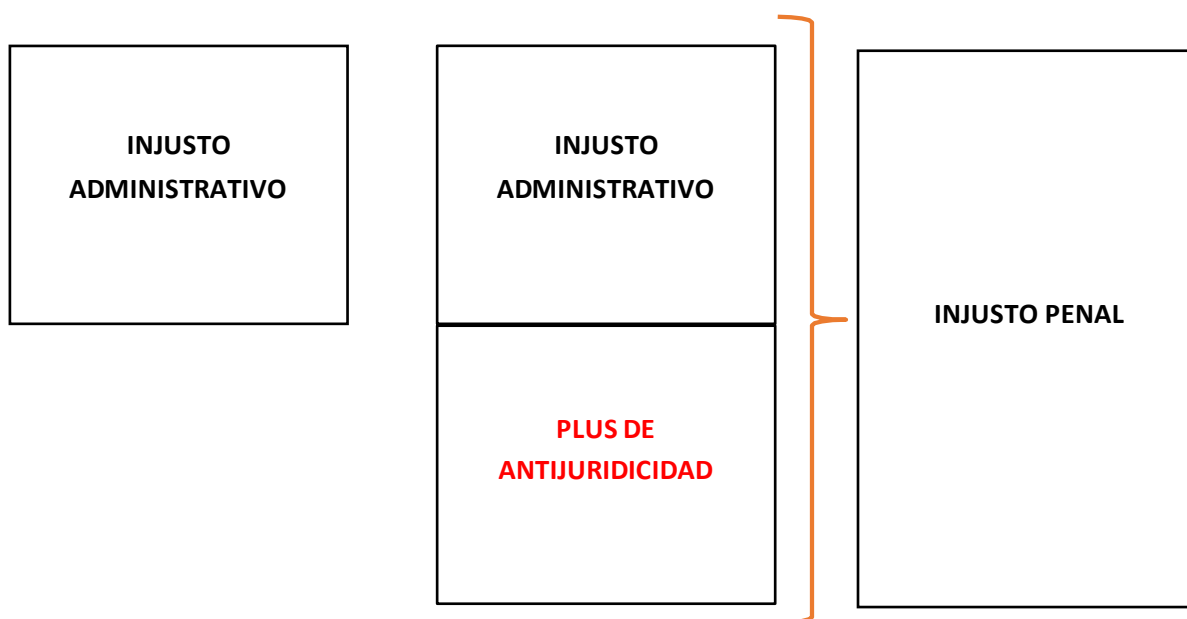


Figura Nro. 05. Premisa Mayor: El injusto penal tiende a tener mayor gravedad que el injusto administrativo, diferenciados por un “plus de antijuricidad”

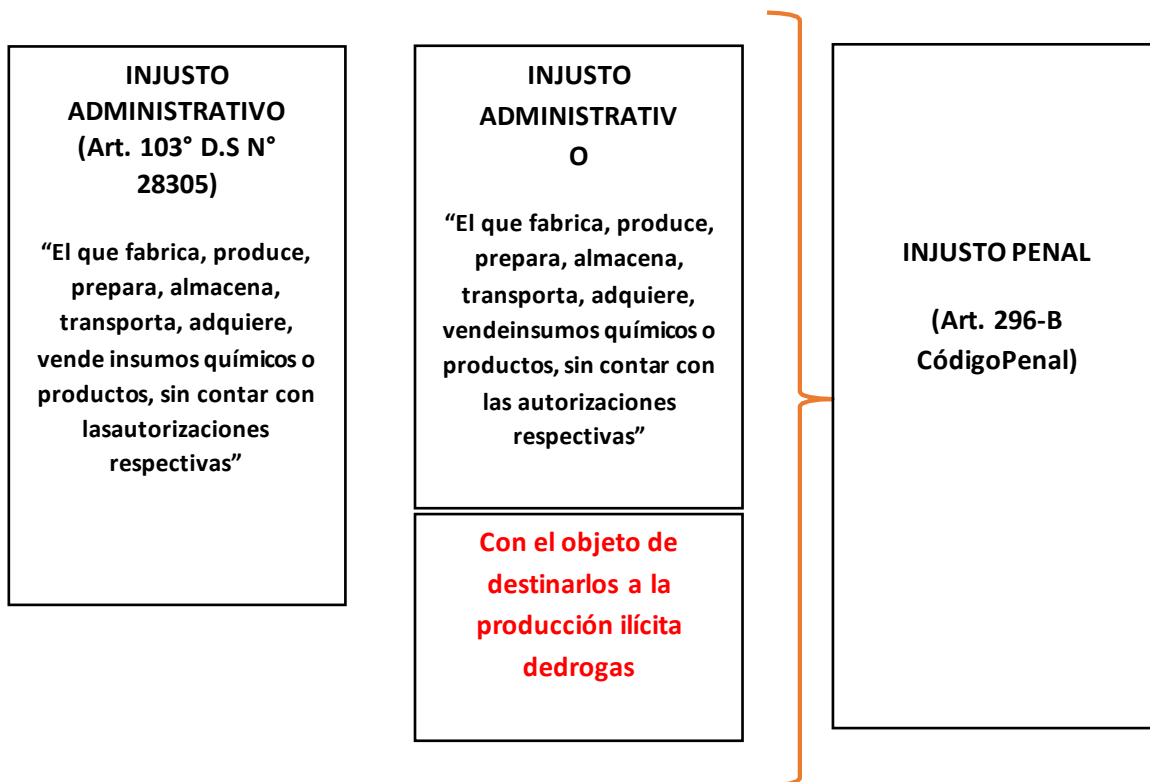


Figura Nro. 06. El plus de antijuridicidad puede verse evidenciado en elementos constitutivos del injusto, como la acción, objeto material, resultado, deber objetivo de cuidado, modalidad típica, dolo, ánimos, etc. En el ejemplo se aprecia, claramente, el plus de antijuridicidad en la finalidad o elemento de tendencia interna trascendente distinto al dolo.

Ahora bien, teniendo presente esta premisa, se pueden presentar numerosos escenarios, para cuya solución se tendrá que acudir a la teoría de los concursos, sustentada en la «identidad de fundamento del *ne bis in idem*» como contenido del injusto. Así, en primer lugar, se puede sancionar un injusto administrativo, cuando la totalidad de la gravedad de la conducta del ciudadano se ve abarcado por éste:



Figura Nro. 07. Supuesto en que el injusto administrativo abarca a la totalidad de la gravedad de la conducta del ciudadano.

No obstante, se podrá sancionar únicamente por el injusto penal cuando la conducta es más grave que el injusto administrativo, conteniendo íntegramente a éste más el plus de antijuridicidad que conforma el injusto penal, ocurriendo en este caso un «concurso aparente de leyes» que debe resolverse por el «principio de consunción»; no siendo posible aplicar, de manera adicional, el injusto administrativo, pues ello implicaría la contravención al principio del “*ne bis in ídem*”, tal como se grafica seguidamente:

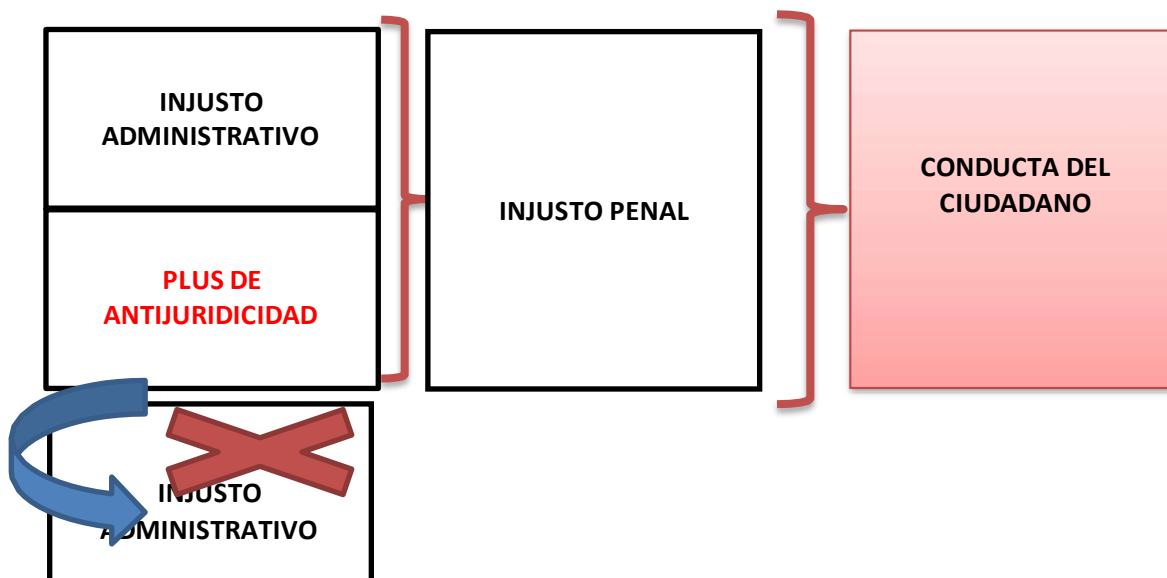


Figura Nro. 08. Supuesto en que el injusto penal tiene un plus de antijuridicidad respecto al injusto administrativo

Ahora, también puede darse el caso en que se sancione tanto el injusto penal, como el injusto administrativo, cuando sus elementos constitutivos son totalmente diferentes; y, por lo tanto, tienen un fundamento completamente distinto. En este caso podrá ocurrir un concurso real o ideal de injustos, sin que ello implique una afectación al “*ne bis in idem*”:

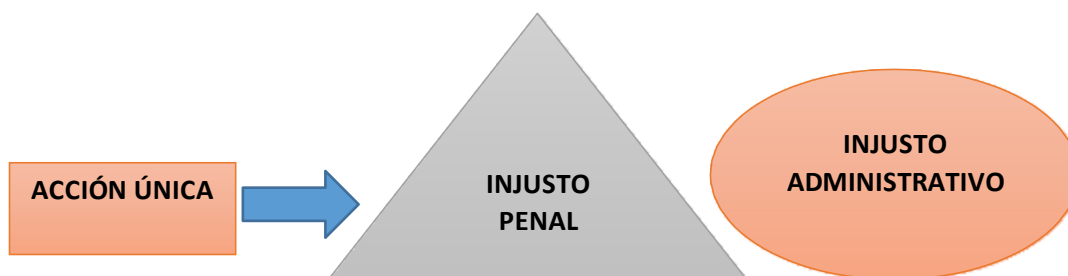


Figura Nro. 09. Supuesto de concurso ideal entre injusto administrativo e injusto penal.

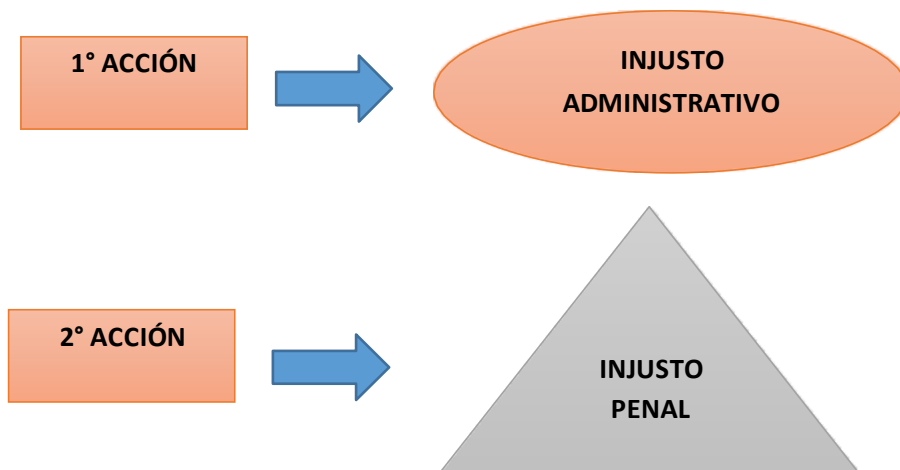


Figura Nro. 10. Supuesto de concurso real entre injusto administrativo e injusto penal.

Ahora bien, puede presentarse el escenario patológico en que el injusto penal no tenga el plus de antijuricidad (que debiera tener) con respecto al injusto administrativo, sino que ambos tengan una semejanza cuantitativa, al contar con los mismos elementos constitutivos y esenciales; por lo que, ni siquiera aplicando las reglas de la teoría de los concursos, es posible evitar, dogmáticamente, la doble incriminación por el mismo fundamento y, por lo tanto, la contravención del “*ne bis in idem*”. Lo dicho es graficado en los esquemas subsiguientes.

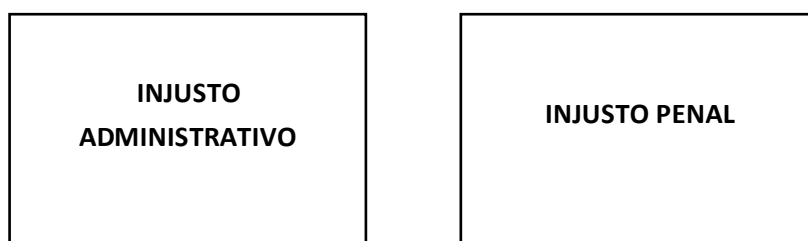


Figura Nro. 11. «Supuesto en que el delito tiene el mismo contenido de injusto que la infracción administrativa».

En ese sentido, en el ejemplo subsiguiente se aprecia, claramente, esta coincidencia de los elementos esenciales del injusto en el delito de peligro abstracto contable del artículo 5° del D.L N° 813 y en la infracción tributaria del artículo 165° del Código Tributario:

<p>INJUSTO ADMINISTRATIVO</p> <p>Art. 175° Código Tributario:</p> <p>“Constituye infracción el omitir llevar los libros de contabilidad u otros libros y/o registros exigidos por las leyes”</p>	<p>INJUSTO PENAL Art. 5° D.L</p> <p>N° 813</p> <p>“Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, el que, estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables, incumpla totalmente dicha obligación”</p>
---	---

Figura Nro. 12 «Comparación entre el delito tipificado en el artículo 175° del Código Penal y la infracción administrativa regulada en el artículo 5° del D.L N° 813».

Así, tomando en cuenta la teoría de los bienes intermedios del profesor Schünemann (2007)²⁵, se pudo apreciar en el anterior esquema la coincidencia de los elementos constitutivos de ambos injustos, a saber: el bien supraindividual (principio de solidaridad en la contribución al sostenimiento de las cargas públicas) representado por el bien intermedio (exactitud y veracidad en los instrumentos contables resaltados con color rojo²⁶), la modalidad omisiva propia que lo hace un delito de infracción de deber (resaltado con color celeste), el deber especial a infringir (resaltado en verde, rojo y morado); el objeto material (resaltado en rojo)

²⁵ Acápito Nro. 4.2.

²⁶ Pérez Royo, citado por Chang, 2013, p.113.

y el elemento normativo del objeto material que intensifica el deber especial (resaltado en morado).

A la misma conclusión se llega tomando la línea del profesor Villegas (2010)²⁷, pues de la comparación de ambos injustos se puede determinar la coincidencia de sus elementos constitutivos esenciales, a saber: el bien supraindividual (principio de solidaridad en la contribución al sostenimiento de las cargas públicas²⁸) representado por el objeto material del delito (libros y registros contables resaltados con color rojo), la modalidad omisiva propia que lo hace un delito de infracción de deber (resaltado con color celeste), el deber especial a infringir (resaltado en verde, rojo y morado) y el elemento normativo del objeto material que intensifica el deber especial (resaltado en morado).

De la misma forma, en el siguiente segundo ejemplo se aprecia, claramente, esta coincidencia de los elementos esenciales del injusto en el delito de «conducción en estado de ebriedad» previsto en el «Art. 274º de nuestro Código Penal» y en la infracción con código M01», recogida en la tabla de infracciones de nuestro «Reglamento Nacional de Tránsito –D.S. N° 016-2009-MTC–»:

27 Acápito Nro. 4.2

28 Bien jurídico determinado en la RJ 8709/2002, emitida por el «Tribunal Supremo Español» el 15 de julio de 2002, sentenciánúmero 1336/2002.

<p>INJUSTO ADMINISTRATIVO</p> <p>Infracción muy grave M01 del Reglamento Nacional de Tránsito:</p> <p>“Constituye infracción muy grave el Conducir con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a lo previsto en el Código Penal, o bajo los efectos de estupefacientes, narcóticos y/o alucinógenos comprobado con el examen respectivo (...)”</p>	<p>INJUSTO PENAL</p> <p>Art. 274 del Código Penal:</p> <p>“El que, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido (...)”</p>
--	---

***Figura Nro. 13** «Comparación entre el delito tipificado en el artículo 274° del Código Penal y la infracción administrativa regulada con el código M01 del Reglamento Nacional de Tránsito».*

Así, tomando en consideración la teoría de «los delitos de peligro abstracto propios» de Rodríguez (1994)– en los que se puede proteger «bienes jurídicos colectivos» reconducibles a un bien individual, como es el caso de los «delitos contra la seguridad pública»²⁹, se pudo apreciar en el anterior esquema la coincidencia de los elementos constitutivos de ambos injustos, a saber: el bien supraindividual (seguridad pública) y, sobre todo, el deber objetivo de cuidado, cuya infracción positivizada evidencia la peligrosidad abstracta; el cual, en ambos injustos consiste en la conducción de un vehículo con alcohol en la sangre en el mismo porcentaje (0.5gr/lit.) –a tal grado que la norma administrativa se remite

²⁹ Acápites Nros. 4.2.

expresamente a la penal– o afectado con sustancias estupefacientes, narcóticas o alucinógenas, evidenciándose que el deber objetivo de cuidado positivizado es el mismo, esto es, a *contrario sensu*, no conducir un vehículo en las condiciones descritas.

De lo dicho se puede afirmar que la peligrosidad abstracta de ambos injustos es positivizada en la infracción del mismo «deber objetivo» de cuidado, por lo que, el contenido del injusto es el mismo y, por lo tanto, existe una identidad de fundamento en ambas infracciones que resiente al “*ne bis in ídem*”. En conclusión, la adopción de la teoría que se sostiene en esta investigación tiene, como consecuencia, el amalgamiento de la teoría de los concursos y el “*ne bis in ídem*”, de tal manera que este último funja como axioma sustentador del primero, mientras la teoría de los concursos surja como su instrumento dogmático basilar y necesario para solucionar dogmáticamente aquellos casos de superposición entre una infracción administrativa y un ilícito penal que acuden a subsumir uno o varios hechos cometidos por un ciudadano; utilizando como argamasa entre ambas instituciones a la «identidad de fundamento» entendida como «contenido del injusto».

No obstante, a pesar de la utilidad de las reglas concursales, existirán casos patológicos, como los últimos ilustrados, en los que serán necesarias medidas *de lege ferenda* que eviten permitan la sanción de un mismo injusto únicamente por el «Derecho penal» o por el «Derecho Administrativo Sancionador», así como reglas procesales que, en la práctica, eviten la sanción de un mismo injusto regulado administrativa como penalmente; medidas que han sido esbozadas en la toma de postura y que tienen también consecuencias procesales y político criminales, tal como se desarrollará seguidamente.

5.1.2. En el Ámbito Procesal

Por otro lado, la adopción de la presente tesis implica, como consecuencia directa, la aplicación de ciertas reglas y criterios procesales

necesarios para evitar que una persona sea encausada o sancionada, en la vía penal o administrativa por un único hecho y bajo un único fundamento, entendido este como un único contenido del injusto.

Así, como se desarrolló supra³⁰, la primera regla que deberá ser aplicada es la de preeminencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador, la cual acudirá a solucionar aquellos supuestos en los que, en el iter de este último procedimiento, la autoridad administrativa tome conocimiento de hechos con relevancia penal, a partir de la cual paralizará toda actuación y remitirá todo lo actuado a la autoridad penal.

En segundo lugar, cuando la autoridad penal emita ya un pronunciamiento definitivo, la suscripción de la presente postura teórica generará que, partiendo del criterio de «vinculación de los hechos probados», la «sentencia penal» vinculará a la «autoridad administrativa» con los hechos que hayan sido probados dentro de su actuación probatoria, contando con distinta incidencia, dependiendo de si se trata de una resolución condenatoria o absolutoria. Así, si la resolución penal es condenatoria quedará proscrito un posterior proceso administrativo sancionador y si es absolutoria podrá reabrirse el mismo, teniendo en cuenta dos supuestos claramente diferenciados.

Primero, si después de realizar un análisis comparativo cuantitativo entre los ilícitos contenidos en la norma penal y administrativa, se concluye que el ilícito administrativo, en sus elementos esenciales, es idéntico al ilícito penal, entonces, sea la sentencia penal absolutoria o condenatoria, proscribirá el inicio de un proceso administrativo posterior, pues de reabrirse este, en caso la sentencia haya sido condenatoria, se estará vulnerando tanto al “*ne bis in ídem*” material como al procesal; y, en caso la sentencia haya sido absolutoria, si bien no existirá una doble sanción, sí existirá un doble proceso sobre el mismo fundamento; por lo que irremediamente se vulneraría el “*ne bis in ídem*” procesal. Lo

30 Supra Cap. Nro. 4.4

dicho se grafica en el siguiente esquema:

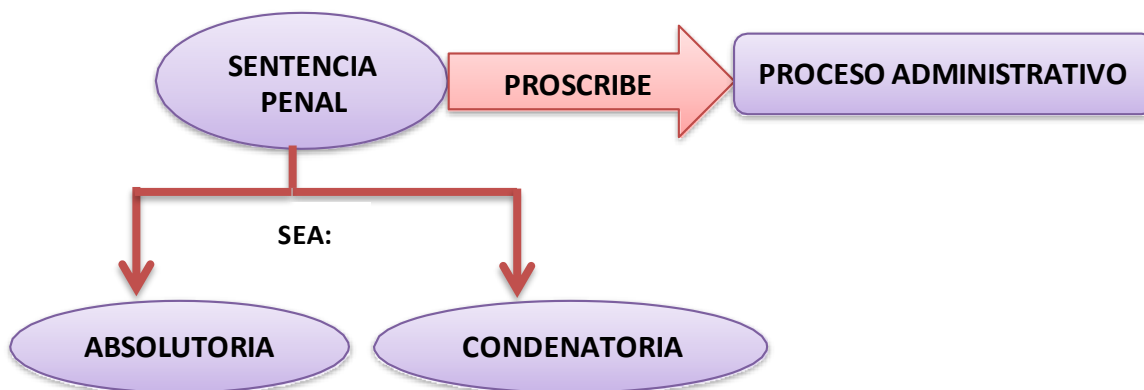


Figura Nro. 14. «Efecto del “ne bis in ídem” en caso exista una sentencia penal condenatoria o absolutoria y se pretenda iniciar un proceso administrativo por el mismo contenido del injusto».

En segundo lugar, si el «ilícito penal» tiene un «plus de antijuridicidad» en relación al «ilícito administrativo», la adopción de la presente tesis tendrá las siguientes consecuencias: por un lado, si en el proceso penal se condena, entonces quedará proscrito un posterior proceso administrativo, pues el ilícito penal y el ilícito administrativo (que se encontraba contenido dentro de éste) ya fueron sancionados; pero, por otro lado, si en el proceso penal se absuelve se podrán dar supuestos diferentes.

Así, si en el proceso penal se comprobó que los hechos nunca existieron, entonces el proceso administrativo sancionador no podrá iniciarse, al ya no tener la administración un sustento fáctico sobre la cual sancionar al administrado. Del mismo modo, si en el proceso penal se comprueba que los hechos existieron, pero que el imputado no participó de los mismos, la adopción de esta teoría generará que el proceso administrativo sancionador no pueda iniciarse, al ya no tener la administración sustento fáctico que permita la imputación de los hechos

al administrado, sin perjuicio que se impute a otras personas.

Por otro lado, si la sentencia absolutoria declara que los hechos existieron, pero que estos no se subsumen en la integridad del ilícito penal, entonces, se deberá reabrir un proceso administrativo que conozca los hechos probados en el proceso penal, pero ya no para ser subsumidos en el ilícito penal, sino sólo en el ilícito administrativo (sin ese plus de antijuridicidad que lo diferenciaba del penal). De manera similar, si la sentencia absolutoria declara que no existe la suficiente prueba de cargo para comprobar la existencia del ilícito penal, entonces se podrá reabrir un proceso administrativo que pruebe la realización del ilícito administrativo, respetando los hechos probados en el proceso penal.

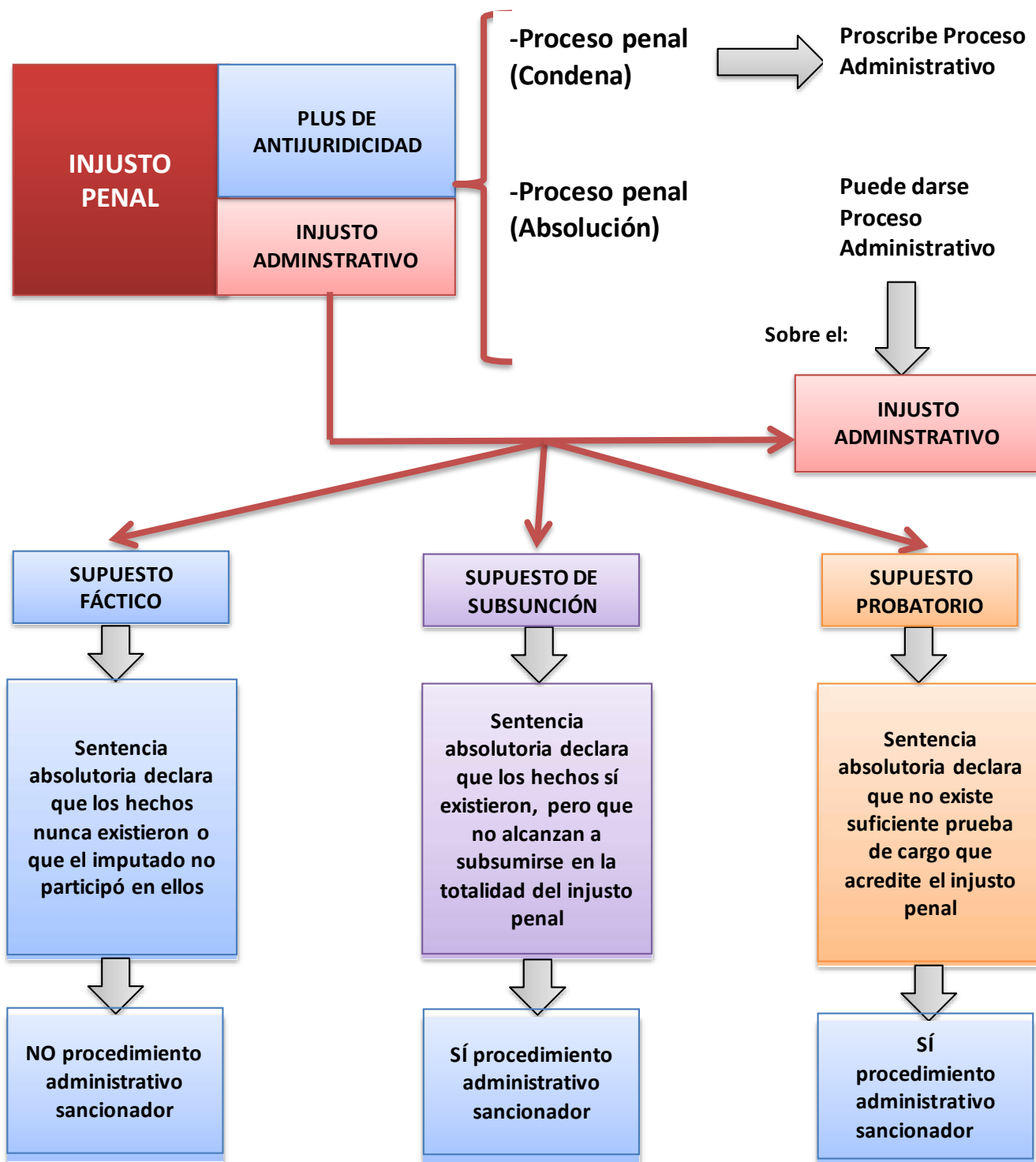


Figura No. 15. «Efectos del ne bis in idem en caso el injusto conocido por el orden penal tenga un plus de antijuridicidad respecto al ilícito administrativo y se pretenda iniciar un proceso administrativo por este último».

Finalmente, la adopción de esta teoría tiene como consecuencia la aplicación del criterio cronológico, esto es la proscripción de la apertura de un proceso penal o de la imposición de una sanción penal contra un ciudadano que ha sido sancionado administrativamente por un mismo hecho y por un mismo contenido del injusto; existiendo una única excepción a su aplicación, que es cuando el ciudadano, de manera deliberada, realiza acciones con el único fin de recibir la sanción administrativa y evitar la sanción penal, verbigracia corrompiendo a la autoridad administrativa.

Ahora bien, con el fin de no ser simples aviadores del «cielo de los conceptos jurídicos» se sostiene que la adopción de esta tesis y, por lo tanto, del criterio cronológico, tiene como consecuencia práctica la posibilidad de que el ciudadano, a quien el Estado ha impuesto una «sanción administrativa» previa, por la comisión de una conducta que configura a la vez un injusto penal y al cual posteriormente se le pretende iniciar un proceso penal, tenga las siguientes posibilidades de defensa:

- En mérito al «artículo 334 inc. 1 del Código Procesal Penal», podrá solicitar el archivo de la investigación, al existir una causa de extinción de la acción penal protegida por el principio “*ne bis in idem*”, regulada por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal penal, que evita una duplicidad sancionadora por parte del Estado (mediante sanciones penales o administrativas).
- Del mismo modo, en mérito al «Art. 344 inc. 2. Literal c. y al Art. 350 Inc.1 literal d. del Código Procesal Penal», dentro del plazo de diez días posteriores a la notificación de la acusación y durante la Audiencia Preliminar de Control de Acusación, el ciudadano podrá pedir el sobreseimiento de la causa, por existir una «causa de extinción de la acción penal» que evita una duplicidad sancionadora por parte del Estado (mediante sanciones penales o administrativas).

- En los «distritos judiciales» en que aún está vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940, el ciudadano podrá solicitar la disposición de archivo fiscal, al no ser procedente la denuncia presentada contra su persona, de acuerdo al «artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público».
- Asimismo, cuando el fiscal ha formalizado denuncia penal contra el juez instructor, de acuerdo a los «artículos 77 inc. 5. y 77-A inc. 21. literal c. del Código de Procedimientos Penales», en la audiencia de presentación de cargos, la defensa del imputado podrá solicitar al «Juez Penal» la emisión del auto de «No Ha Lugar» por la existencia de una «causa de extinción de la acción penal».
- Finalmente, al instaurarse contra el ciudadano, que ya sufrió una sanción administrativa previa por el mismo injusto que se lo pretende sancionar en la vía penal, dicha persona en defensa de su garantía del “*ne bis in ídem*” y del “debido proceso”, y ante la amenaza de restricción de su libertad, puede acudir a la garantía constitucional del Habeas Corpus, de acuerdo al «artículo 25° del Código Procesal Constitucional».

Por último, como ejemplo de la factibilidad práctica del Criterio cronológico, se encuentran la Disposición de Archivo (consentido), emitido por la «Quinta Fiscalía Provincial Penal de Lima» en el «Ingreso N° 384-06», en el cual se dispone el archivo de la investigación seguida por el «delito de Conducción de vehículo en estado de ebriedad», debido a que éste ya había sido sancionado en la vía administrativa correspondiente, por lo que, invocando los efectos del “*ne bis in ídem*”, se declaró satisfecho el “*ius puniendi*” estatal y, por ende, se declaró que no existía mérito para continuar con la investigación penal vigente. (Disposición de Archivo Definitivo y Consentido de la 45°Fiscalía Provincial Penal de Lima- Ingreso N° 385-2006, recopilado por Núñez.

2012: pp. 600-603)³¹

Asimismo, como segundo ejemplo de dicha factibilidad práctica del criterio cronológico, es menester citar a la Sentencia del 39° Juzgado Penal de Lima, emitido el Expediente N° 078-2005, en el cual se deja en claro que, El criterio de temporalidad es el que de mejor manera, y sin hipocresía alguna, protege la esencia del principio del “*ne bis in ídem*”, siendo claro que, impuesta una sanción, de índole administrativa o penal, no es posible, sin vulnerar dicho principio, adicionar otra sanción distinta; motivo por el cual se resolvió declarar fundado el principio constitucional del Habeas Corpus, al haberse vulnerado el derecho al “debido proceso”, en específico el principio del “*ne bis in ídem*”, declarando, por ende, nula la resolución que abre proceso al recurrente («Sentencia del 39° Juzgado Penal de Lima, emitido el Expediente N° 078-2005. Fundamento 49 y Parte Resolutiva». Recopilado por Núñez. 2012: pp. 604-628)³².

Como se puede apreciar, la adopción de esta teoría genera consecuencias materiales, así como procesales, en la legislación sustancial y procesal nacional que permiten la salvaguardia de una garantía tan trascendente como el “*ne bis in ídem*”; no obstante, la protección de dicho principio constitucional no deberá agotarse en consecuencias de *lege lata*, sino que, para su plena eficacia, deberán concretizarse las propuestas de *lege ferenda* desarrolladas supra³³, las cuales tendrán, también, consecuencias político criminales que serán tratadas a continuación.

31 Dicha Disposición Fiscal quedó debidamente consentida, generando la seguridad jurídica de *cosa decidida*.

32 Dicha Resolución Judicial fue revocada por la 6° Sala de Reos Libres de Lima, mediante resolución N° 776, la cual no comulgó con este criterio, al señalar que en el presente caso no se trata del mismo injusto, pues la infracción penal tiene el plus de antijuridicidad de la responsabilidad subjetiva, lo cual no tiene la infracción administrativa, debiéndose aplicar el criterio del «Descuento de la sanción administrativa a la sanción penal» (siguiendo la jurisprudencia del TC Español de la Sentencia N° 002-2003), al tratarse de un concurso de Infracciones entre la infracción penal y la administrativa. Sin embargo, se reafirma las críticas a este criterio del descuento expuesta líneas arriba.

33 Acápites 4.3.

5.2. Consecuencias Político Criminales (*Lege Ferenda*)

Finalmente, la adopción de la tesis que se plantea en esta investigación tendrá como consecuencia la reconstrucción del tejido sancionador peruano, la cual no sólo debe limitarse a la eliminación de aquellos dispositivos legales que, entregando al “*ne bis in idem*” en *bandeja de plata*, señalan que la «responsabilidad administrativa» es independiente a la «responsabilidad penal»; sino que dicha reestructuración debe tener como objetivo la redistribución de los campos de protección de los bienes jurídicos.

Así, dicha redistribución tendrá como objeto identificar todos los casos patológicos de duplicidad, en los cuales el injusto penal es idéntico al ilícito administrativo, con el fin de realizar un análisis político criminal y, en aplicación de los criterios desarrollados en la presente tesis³⁴, generar que el derecho penal se avoque a proteger, subsidiariamente, los bienes jurídicos más relevantes frente a los injustos más graves, dejando, de manera exclusiva, al derecho administrativo la sanción de aquellos injustos que afecten en menor intensidad a los bienes jurídicos menos trascendentales.

En efecto, como resalta Chinchay (2013), es necesario realizar ajustes y cambios a nuestro derecho positivo, con el fin de detectar los casos de duplicidad y decidir político criminalmente si es funcional que dicha dúplica se decida en favor de la «sanción penal» o de la «sanción administrativa», mermando con ello la inflación penal, como sucedió, por ejemplo, cuando el Decreto Legislativo N° 1034 expulsó al abuso de poder económico y al acaparamiento del listado de delitos y los dejó como meras infracciones administrativas (pp. 57-58).

De manera similar, el profesor Prado (2009) ha dejado en claro la necesidad de que en nuestro ordenamiento nacional se dé una distribución

34 Ídem.

político criminal de los bienes jurídicos que serán protegidos por el «Derecho penal» y aquellos que deberán tutelarse por el «Derecho Administrativo Sancionador», advirtiendo que la protección por la primera rama jurídica no es necesariamente mejor que la segunda (pp. 264- 265)

En base a un análisis económico del Derecho (que replica los criterios de eficiencia desarrollados en la presente tesis³⁵), el profesor Bramont-Arias Torres (2003), en relación a los injustos tributarios, aplicable también a los demás sectores, señala que, a fin de no asumir «costos sociales elevados», es indispensable distinguir las infracciones administrativas de los «delitos tributarios», a fin de no incurrir en una «duplica de costos» en la lucha contra comportamientos con el mismo contenido del injusto (pp. 541; 544-545).

Entonces, como se puede apreciar, la más importante consecuencia será de carácter estructural y *de lege ferenda*, pues sólo a partir de la identificación de los supuestos en que la «regulación administrativa» se superpone a la penal, se podrá decidir, en base a los criterios político criminales desarrollados en esta tesis³⁶, si un injusto, sancionado penal y administrativamente, deba recibir única y exclusivamente una consecuencia penal o, en su defecto, limitarse a una consecuencia administrativa; generando, de esta manera, que el “*ne bis in ídem*” no sea un simple tigre de papel, sino, un principio constitucional de efectivo cumplimiento.

35 Acápito 4.3

36 ídem

6. CONCLUSIONES

- El injusto administrativo y el injusto penal tienen una identidad sustancial debido a su homogeneidad estructural y teleológica.
- El injusto administrativo y el injusto penal son estructuralmente homogéneos debido a dos razones: primero, porque ambos injustos suponen la lesión de la voluntad general objetiva descrita en la norma, así como la subjetividad del sujeto destinatario de la norma al momento de desobedecerla; y, segundo, porque, si bien el núcleo de ambos injustos es la contravención de una norma, es también necesario encontrar una antijuricidad material manifestada por el atentado contra los bienes jurídicos.
- El hecho de que la afectación o puesta en peligro de un «bien jurídico», mediante la realización de una conducta plasmada en la norma, constituya la base estructural del injusto administrativo y penal, nos permite señalar que la razón, causa y fundamento de la «sanción administrativa» y de la «sanción penal» es la conducta atentatoria del «bien jurídico», que se encuentra delimitada en el contenido normativo de la infracción administrativa o delictual; por lo tanto, ante la pregunta «¿por qué sancionan el derecho penal o el derecho administrativo sancionador?» Existe una respuesta uniforme y, por ende, un solo fundamento, que no es otro que la afectación de un bien jurídico descrito en el contenido normativo de ambos injustos.
- Determinar el porqué de las sanciones no basta para sustentar su fundamento, sino que, es necesario también, preguntarse el ¿Para qué? y, por ende, encontrar la finalidad principal de la «sanción penal» y la «sanción administrativa», la cual no es otra que la protección de bienes jurídicos.

- La Carta Magna es la referencia, marco o faro que da luz al contenido material del bien jurídico, el cual no podrá sustentarse en cuestiones morales, ideológicas o autoritarias, sino en valores esenciales recogidos por la Carta Magna en base al filtro de donosidad social.
- El bien jurídico es aquella relación individual o colectiva de un sujeto con un objeto, valorada positivamente por la Constitución, tratados de Derechos Humanos y demás normas de rango constitucional y supraconstitucional, de tal manera que, en base a los mismos principios constitucionales del programa penal las afectaciones más graves a los «bienes jurídicos primarios» — sin los cuales el individuo no puede realizarse en las mínimas formas existenciales — son reguladas por el derecho penal; mientras que las ofensas a los «bienes jurídicos secundarios» o las ofensas menos graves a los bienes jurídicos primarios serán regulados por otros mecanismos punitivos menos intrusivos como el derecho administrativo sancionador.
- Tomando como base que, tanto la «sanción penal», como la «sanción administrativa», son vertidas porque se ha atentado contra un bien jurídico —dando respuesta al porqué de la sanción (homogeneidad estructural)— y para proteger bienes jurídicos — dando respuesta al para qué de la sanción (homogeneidad teleológica)— es que se llega a concluir la plena posibilidad de determinar el contenido de la «identidad de fundamento» entre una «sanción o proceso penal» y una «sanción o procedimiento administrativo sancionador»; pues ambos están encaminados a regular, fragmentariamente, la sanción de las afectaciones de mayor o menor gravedad de los bienes jurídicos para salvaguardar su protección; tarea que deberá ser desarrollada desde una posición cuantitativa, pues

es la menor o mayor gravedad del injusto — analizada en su contenido normativo — la que determinará la presencia o ausencia de la «identidad de fundamento».

- Para determinar la «identidad de fundamento» se tiene que identificar al bien jurídico recepcionado desde la Constitución por el injusto penal o administrativo y, en segundo lugar, identificar, para comparar, los elementos constitutivos del tipo penal y administrativo, que reflejan el valor constitucional protegido; de tal manera que si coinciden en estos elementos esenciales se podrá concluir que están regulando el mismo ataque o puesta en peligro al «bien jurídico» dimanado y, por lo tanto, se está sancionando con el mismo fundamento.
- La diferencia entre el ilícito administrativo y el ilícito penal debe radicar en el plus de antijuridicidad que tiene este último respecto al primero, manifestado en un mayor «desvalor de acción» o mayor «desvalor de resultado»; infiriéndose que, de no contar con dicho plus de antijuridicidad— reflejado en la mayor ofensividad del bien jurídico— el ilícito administrativo sería idéntico al ilícito penal, contraviniéndose con ello al “*ne bis in idem*”.
- No toda expansión del derecho penal debe ser considerada una invasión ilegítima del derecho administrativo, pues los nuevos focos de peligro de bienes jurídicos han sobrepasado el filtro de dañosidad social y generado que la Constitución tutele nuevos valores u otorgue mayor relevancia a otros ya tutelados;; cuestión que, en absoluto, significa una justificación de la superposición, sino, su cuestionamiento a través del replanteamiento de los límites cuantitativos que separa a uno y otro orden.
- Sólo desde una concepción cuantitativa que diferencia el ilícito

penal del ilícito administrativo, podrá justificarse la variación de los límites para concederle a un injusto administrativo la virtualidad de penal o viceversa, pues es posible que, conservando la esencia de uno y otro ilícito, se varíe su ámbito regulatorio en base a la mayor o menor ofensividad que generan a los bienes jurídicos; discurso que no tiene aplicación posible en la teoría cualitativa, pues dos ilícitos considerados diferentes, en su esencia, no pueden despojarse de la misma para adquirir la cualidad o virtualidad del otro.

- Si bien existe una identidad cualitativa entre el «injusto penal» y el «injusto administrativo», su diferencia cuantitativa justifica, en base a la proporcionalidad, la menor sanción (que de ninguna manera puede ser privativa de libertad) y, por ende, la flexibilización de ciertas garantías en busca de la eficacia preventiva; debiendo dejarse por sentado que hay ciertas garantías que no pueden ser flexibilizados, como es el caso de los «principios de legalidad», «culpabilidad» y “*ne bis in idem*”.
- Si bien las garantías del derecho penal se ven también flexibilizados en la tutela de bienes jurídicos colectivos, esta flexibilización no puede darse en aquellos principios que la doctrina y la jurisprudencia citada niegan su virtualidad de flexibilidad (entre ellos el “*ne bis in idem*”); y, en los principios en donde sí es aceptada su matización, no puede tener la intensidad que se tiene en el orden administrativo, ello en base a la relación directamente proporcional que tiene que existir entre la gravedad del injusto, la cuantía de la sanción y la rigurosidad de las garantías, la cual aconseja, también, la disminución de las sanciones penales que se impongan,
- La tarea delimitadora entre el «injusto penal» y el «injusto administrativo» implica soluciones materiales y procesales de

lege lata que, teniendo como presupuesto la existencia de superposición, eviten la duplicidad de sanciones sobre el mismo injusto en base al análisis comparativo cuantitativo de ambos injustos; además de implicar medidas de lege ferenda que faciliten la variación de la frontera entre el orden penal y el orden administrativo, a partir de criterios político criminales que permitan, la redefinición de las fronteras entre uno y otro orden.

- La tarea dogmática comparativa y delimitadora de injustos es más simple cuando se trata de injustos penales que, por su gran gravedad, se encuentran en las antípodas de los injustos administrativos, los cuales, dado su titularidad personal— así como su manifestación corpórea en un objeto material personalísimo— permiten recoger dogmáticamente— dentro del injusto— las afectaciones que acaecen sobre los mismos; pudiéndose identificar los elementos constitutivos del injusto, los cuales reflejarán una gravedad intensa de la cual carecen los ilícitos administrativos; sin embargo se encuentran obstáculos dogmáticos cuando se trata de conductas que atentan contra los bienes jurídicos supraindividuales, los cuales han sido tutelados mediante los «delitos de peligro concreto» y «delitos de peligro abstracto».
- Del análisis de los dos tipos de peligro concreto (de bienes individuales y de bienes colectivos) se puede concluir que no existe problema en la determinación de los elementos esenciales constitutivos de estos tipos de injustos, pues la proximidad de la acción peligrosa con el objeto material del bien jurídico protegido será constatable en el plano objetivo, permitiendo la verificación y comparación de las categorías normativas del peligro, a saber la «acción típica», el «objeto del bien jurídico» y la «probabilidad de lesión del objeto del bien jurídico»; pudiéndose con ello determinar la presencia o

ausencia de identidad de fundamento.

- Al pertenecer la peligrosidad abstracta al tipo objetivo, es posible determinar los elementos constitutivos de los injustos de «peligro abstracto» –de los «bienes jurídicos individuales» o «colectivos individualizables»– mediante la identificación de la infracción del deber de cuidado objetivo recogido ex ante por los tipos infraccionales sometidos a comparación y, seguidamente, determinar si se trata del mismo deber de cuidado positivizado o de otro distinto, con el fin de concluir la presencia o ausencia de identidad de fundamento.
- La determinación del contenido de los injustos en los delitos o infracciones, que regulan los peligros abstractos generados contra los bienes jurídicos colectivos no individualizables, es posible gracias a la representación que de estos efectúan los bienes intermedios, sobre cuyos objetos materiales recaerá la acción típica, tal como sucede en los delitos de lesión; siendo, por ello, factible identificar cada uno de sus elementos constitutivos para comparar la gravedad del injusto y, por ende, la «identidad de fundamento».
- Tanto el procedimiento administrativo sancionador como el proceso penal, no obstante, de sus diferencias formales, tienen la misma naturaleza punitiva, al perseguir imponer una sanción al ciudadano por la comisión de injustos cualitativamente homogéneos; por lo que, al constatarse la triple identidad de marras, debe incoarse un único proceso, el cual deberá ser el «proceso penal», que tiene preeminencia sobre el «procedimiento administrativo sancionador».
- En caso la autoridad administrativa llegue a conocer hechos de relevancia penal, deberá abstenerse de iniciar un «procedimiento administrativo sancionador» (por más que

dichos hechos constituyan también una infracción administrativa) y deberá poner de conocimiento de dichos hechos al «Ministerio Público», como titular de la acción penal.

- Sobre la incidencia de la sentencia penal sobre el eventual procedimiento administrativo posterior, se puede concluir que en el caso de que el «ilícito administrativo» coincida en sus elementos esenciales con el «ilícito penal», tratándose de una sentencia penal absolutoria o condenatoria, la misma proscribe el inicio de un proceso administrativo posterior; pero si sucede que el «ilícito penal» tiene un «plus de antijuridicidad» en relación al «ilícito administrativo», las soluciones serán diversas, dependiendo de si la sentencia absolutoria ha sido motivada por fundamentos fácticos, jurídicos o probatorios.
- Cuando se ha impuesto una sanción administrativa y posteriormente pretende intervenir el derecho penal, el criterio cronológico es el único que garantiza completamente la vigencia del “*ne bis in ídem*”; pues, ante el propio error del Estado de sancionar una conducta por un órgano estatal que carecía de competencia, no se puede perjudicar al ciudadano restringiéndole un derecho fundamental, con el fin de garantizar el principio de legalidad y jurisdicción que el propio Estado conculcó; salvo que el ciudadano se coluda con el órgano administrativo para evitar la sanción penal.
- El legislador debe considerar una serie de medidas político criminales dimanados del programa constitucional, así como de la concepción constitucional del bien jurídico; ponderando, además, la mayor eficacia (*enforcement*) de la sanción administrativa (propia de la flexibilización de algunas de las garantías) así como el menor efecto intimidante de su sanción;

y, por otro lado, la menor eficacia y celeridad de la sanción penal (propio de la rigurosidad de las garantías), así como el mayor efecto intimidante de la pena.

- Esta tesis tiene, como consecuencia material, el amalgamiento de la teoría de los concursos al “*ne bis in ídem*”, de tal manera que este último funja como axioma sustentador del primero, mientras la teoría de los concursos surja como su instrumento dogmático basilar y necesario para solucionar dogmáticamente aquellos casos de superposición entre una infracción administrativa y un ilícito penal que acuden a subsumir uno o varios hechos cometidos por un ciudadano; utilizando como argamasa entre ambas instituciones a la «identidad de fundamento» entendida como contenido del injusto.
- La adopción de la presente tesis tendrá, como consecuencia procesal, la aplicación de las reglas procesales de «preeminencia del proceso penal», de «vinculación de los hechos probados» y del «criterio cronológico», todas necesarias para evitar que una persona sea procesada o sancionada en la vía penal o administrativa por un único hecho y bajo un único fundamento.
- La adopción de la presente tesis tendrá como consecuencia político criminal la reconstrucción del tejido sancionador peruano, la cual no sólo se limitará a la eliminación de la independencia absoluta de la responsabilidad penal y administrativa; sino que, dicha reestructuración debe tener como objetivo la redistribución de los campos de protección de los «bienes jurídicos», a través de la identificación de todos los casos patológicos de duplicidad sancionadora de la consideración de los criterios político criminales desarrollados.

7. RECOMENDACIONES

Después de la elaboración de esta investigación, se realiza las siguientes recomendaciones:

- Recoger expresamente en la Constitución Política del Perú a la garantía del “*ne bis in ídem*”, la cual deberá estar regulada en su artículo 139° como parte del listado de garantías jurisdiccionales.
- Para identificar la identidad de fundamento entre un ilícito administrativo y uno penal, se sugiere realizar un análisis comparativo cuantitativo entre ambos injustos, de manera que, si ambos injustos no difieren en sus elementos constitutivos esenciales, entonces se tratará del mismo contenido del injusto y, por lo tanto, del mismo fundamento.
- Utilizar la teoría de los concursos, en general, y la del concurso aparente (en específico) para resolver aquellos casos en que una infracción administrativa y un ilícito penal acuden a subsumir uno o más hechos.
- Utilizar la regla de preeminencia del derecho penal, para resolver el conflicto entre la autoridad administrativa y la autoridad penal, en cuanto al avocamiento de un hecho que configura, a la vez, ilícito penal y administrativo.
- Utilizar la regla de vinculación de los hechos probados para aquellos casos en que la autoridad administrativa pretende avocarse a causas que fueron resueltos por la jurisdicción penal.

- En caso de que el injusto penal sea idéntico al ilícito administrativo y la jurisdicción penal ha emitido sentencia sobre el primero, se sugiere que se prohíba expresamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador posterior, por más que dicho hecho se subsuma, a la vez, en una infracción administrativa.
- En caso de que el injusto penal tenga un plus de antijuricidad respecto al ilícito administrativo y existe una condena previa por parte de la justicia penal; se recomienda prohibir expresamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.
- En caso de que el injusto penal tenga un plus de antijuricidad respecto al ilícito administrativo y existe una absolución previa por parte de la justicia penal, se recomienda prohibir expresamente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, siempre y cuando esta absolución haya determinado la inexistencia del delito o la falta de participación del imputado en su realización.
- En caso de que el injusto penal tenga un plus de antijuricidad respecto al ilícito administrativo y existe una absolución previa por parte de la justicia penal, debido a que el hecho conocido no se ha subsumido, por completo, en el ilícito penal, o porque no ha existido suficiente prueba de cargo que acredite cada uno de los elementos constitutivos del delito; se recomienda que se inicie un procedimiento administrativo sancionador focalizado en determinar si el hecho probado por la jurisdicción penal se subsume en el ilícito administrativo o si ha existido suficiente prueba de cargo para acreditar la comisión del mismo.

- Se sugiere que se elimine la fórmula “*la responsabilidad administrativa es independiente a la responsabilidad penal*” de las normas administrativas existentes en nuestro ordenamiento, evitando, con ello, que el “*ne bis in ídem*” quede servido en bandeja de plata para su contravención; pudiendo ser reemplazada por la siguiente regulación: “La responsabilidad administrativa es independiente a la penal, siempre y cuando no se haya sancionado el mismo contenido del injusto”.

- Finalmente, se recomienda identificar todos los casos de duplicidad, en los cuales el injusto penal es idéntico al ilícito administrativo, con el fin de realizar un análisis político criminal y, en aplicación de los criterios político criminales desarrollados en la presente investigación, generar que el derecho penal se avoque a proteger, subsidiariamente, los bienes jurídicos más importantes frente a los injustos más graves, dejando, de manera exclusiva, al derecho administrativo la sanción de aquellos injustos menos graves, que afecten a los bienes jurídicos menos trascendentales.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel
(1997) Derecho penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas. Lima: idemsa.
(2010) La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? En: Derecho y Sociedad Nro. 35, Lima: PUCP Fondo Editorial.
- AGUIRRE, Germán (2014) *Teología política y nazismo: la interpretación de Schmitt problematizada.* En: documentos de trabajo Nro. 71, lecturas de Carl Schmitt, forma y contenido de la teología política, diciembre, pp. 65-73. Buenos Aires: Gino Germani UBA.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2011) *La Constitución de Weimar ¿Una república sin republicanos?* En: Revista de Historia Constitucional N° 12. Madrid: Tecnos.
- ARDITO VEGA, Wilfredo (2010) *El artículo 18, inciso 3, del Código Procesal Penal: riesgos y posibilidades.* En Revista Derecho PUCP N° 65, pp. 115-134. Lima.
- ARRIAGA ÁLVAREZ, Emilio (2003) *La teoría de Niklas Luhmann.* En: Convergencia Nro. 32, mayo-agosto. Estado de México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- ARROYO ZAPATERO, Luis (1987) *Fundamento y función del Derecho Penal; el programa penal de la Constitución.* En: revista jurídica de Castilla- La Mancha Nro. 01, pp-97-110. Castilla-La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián (2019) *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial referencia al caso peruano.* En: revista digital de derecho administrativo Nro. 21, primer semestre, pp.313- 344.
- BARRETO CHICHE, David Alfredo (2018) *Principales consecuencias jurídico-penales al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas.* Tesis para obtener el grado de Maestro en Ciencias Penales. Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. & SILVINA BACIGALUPO S. (2010) *Derecho penal Económico.* Madrid.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (2002) *La unidad del derecho sancionador*. En: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Vol. 4, ISBN 84- 470-2112-2, págs. 6683-6696. Madrid.
- BENLLOCH PETIT, G. (1998) *El principio de non bis in ídem en las relaciones entre el derecho penal y el derecho disciplinario*. En: Revista del Poder Judicial N° 51. Barcelona.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996) *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: RAO.
- BINDER, Alberto M. (2002) *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Had Hoc.
- BOYER CARRERA, Janeyri (2012) *Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el principio non bis in ídem*. En: Revista de Derecho Administrativo N° 11. Lima: Pontificie Universidad Católica del Perú.
- BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto (2003) *Recientes precisiones a la regulación de los Delitos Aduaneros*. En: Actualidad Jurídica Tomo 118. Lima: Gaceta Jurídica.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2003) *Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y el derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente*. En: Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Coruña Nro. 007, pp. 155-176. Coruña.
- BUNZEL, Kurt; SCHMIDT, Juana & PEER Stolle (2007) *Primera sesión. Teoría del bien jurídico y harm principle*. En: *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* pp.417- 424. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor (2005) *Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano*. En: El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra.
- CABRERA DELGADO, José Manuel (2014) *Duplicidad Sancionadora en el Ámbito Administrativo y Penal*. En: Avances en supervisión educativa N° 22. Tenerife.

- CANO CAMPOS, Tomás (2001) *Non Bis In Ídem, Prevalencia de la Vía Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. En: Revista de Administración Pública n° 156. Madrid.
- CARDOZO POZO, Rodrigo Cristhian (2007) *De lo “Moderno” a la “Expansión” y la falsa encrucijada del derecho penal actual*. En: Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas, ISSN 0718-302X, ISSN-e 0719- 9376, N°. 9, 2007, pp. 33-48. Concepción: Universidad San Sebastián.
- CARO CORIA, Dino Carlos

(1998) *El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el derecho penal económico*. Texto ampliado y actualizado de la ponencia presentada en Lima el 25 de agosto de 1998, en el III Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca/España.

(1999) *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*. Lima: Grafica Horizonte.

(2006) *El principio de “ne bis in ídem” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Jurisprudencia y doctrina penal constitucional-Segundo Seminario. Lima: Palestra.
- CASTRO CUENCA, Carlos (2006) *Lineamientos sobre la antijuricidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*. En: Revista Dikaio Nro. 15. Chía: Universidad de la Sabana.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides (2013) *La Interdicción de la Persecución Penal Múltiple en el Código Procesal Penal del 2004*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima: Gaceta Jurídica.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1994) *El Proceso penal*. Buenos Aires.
- COMTE, Auguste. (1984) *Discurso sobre el Espíritu Positivo*. Madrid: Sarpe
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012) *El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal*. En: Revista Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, Vol. Nro. 25, Nro. 02, pp. 131-157, ISSN 0718-

0950. Valdivia.

- CUELLO, Joaquín (1982) *Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal*. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales Nro. 03. Cáceres: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- CURY URZÚA, Enrique (1994) *Derecho Penal Parte General*. Santiago: 8° Ed. Universidad Católica de Chile.
- CHANG KCOMT, R.A (2013) *El delito contable regulado en el literal a) del artículo 5 de la Ley Penal Tributaria Peruana: breve análisis de peligro*. En: Foro jurídico Nro. 03, pp.113-122. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13805>.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel (2003) *Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*. En: *Especial, el principio non bis in ídem*. En: Revista del Ministerio Fiscal Nro. 11. Madrid.
- DESCARTES, René (2002) *Discurso del Método*. Valencia: Diálogo.
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio (1981) *Sobre el concepto de Derecho Penal*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R (2004) *El Principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ESER, Albin.
(1998) *Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a costa de la Víctima*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia.
(2001) *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: UNED
- FEINMANN, José Pablo (21 de marzo de 2013) *Filosofía Aquí y Ahora* [Archivos de Video temporadas y capítulos completos]. Youtube. <https://www.youtube.com/channel/UCB725gZ4c8vs7JY7wAI5A7A/playlists>.
- FERNÁNDEZ CABRERA, Marta (2018) *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- FERNÁNDEZ DÍAS, Carmen Rocío & CHANJAN DOCUMET Rafael Hernando (2016) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú*. En: Revista de la facultad de Derecho PUCP N° 77. Pp. 349-379. Lima.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino (2001) *El delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa.
- GAMBA VALEGA, César (2007) *La prohibición de aplicar más de una sanción por un mismo acto ilícito en el ámbito tributario. A propósito del Decreto Legislativo No 981 y su intento (infructuoso) de reconocer los principios de la potestad sancionadora*. En: Revista Peruana de Derecho Tributario USMP, Año 1 Número 5, 2007. Lima.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (1999) *La pérdida de vigencia del principio non bis in ídem en el ámbito de los Delitos Tributarios*. En: Sección de Actualidad Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 70-B.
- GARCÍA CAVERO, Percy
(2003) *Derecho Penal Económico Parte General*. Lima: Ara.

(2005) *Frauden en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Palestra.

(2016) *El principio del “ne bis in ídem” material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa*. En: Política Criminal, Vol. 11, N° 21. pp. 21-33.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1984) *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: 2° Ed. Civitas.
- GARCÍA TOMA, Víctor (2018) *La dignidad humana y los derechos fundamentales*. En: Derecho y Sociedad Nro. 51, pp. 13-31. Lima: PUCP Fondo Editorial.
- GOLDSCHMIDT, James (2010) *Derecho, Derecho Penal y Proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2016) *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*. Navarra: Civitas Aranzadi.
- GONZÁLES DÍAZ, Álvaro (2019) *La Unificación Alemana*.

Madrid: UNED.

- GONZÁLES VICENT, Felipe
 (1985) *Sobre el neokantismo lógico jurídico*. En: Revista Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho Nro. 02, pp. 27-54. Alicante: Universidad de Alicante.
 (1986) *El neokantismo axiológico*. En: Anuario de filosofía del Derecho Nro. 03, pp. 249-280. Madrid: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política.
- GÓRRIZ ROYO, Elena (2003) *Sentido y alcance del “nen bis in ídem” respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (De la STC 2/1981,30 de enero a la STC 2/2003, 16 de enero)*. En: Estudios penales y criminológicos N°24. Madrid.
- GURWITTSCH, Aron (2010) *Algunas raíces filosóficas del nazismo*. En Revista Internacional de Filosofía, Vol Nro. 15, pp. 363-376. Málaga.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2011) *Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo*. Lima: Caballero Bustamante.
- HASSEMER, Winfried
 (1999) *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Themis.
 (2005) *Bienes jurídicos en el Derecho Penal*. En Estudios sobre justicia penal. Libro en homenaje al profesor Julio B.J. Maier. Buenos Aires: Del puerto.
- HEFENDEHL, Roland (2002) *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. En: Revista electrónica de ciencia penal y criminología. RECPC 04-14.
- HOBBS, Thomas (2003) *El Leviatán*. Buenos Aires: Losada.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1991) *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. Barcelona: PPU.

- HUERTA TOCILDO, S. (2000) *Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios*. En: La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos.
- IBAÑEZ, Augusto (1997) *La “cosa juzgada” y el non bis in ídem en el sistema penal. Una visión para el cumplimiento del Estado Social de Derecho*. Bogotá.
- JAKOBS, Günther (2002) *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Mendoza: Cuyo.
- JAÉN VALLEJO, Manuel (2003) *Principio constitucional non bis in ídem (A propósito de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)*. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, tomo Nro. 584, pp. 77-93. Madrid.
- JIMENEZ SEGADO, Carmelo (2009) *Carl Schmitt y las ideas penales de la escuela de Kiel*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo Nro. 62, enero, pp. 451-482. Madrid.
- JUAREZ TAVARES, E.X. (2004) *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- LALEFF ILIEFF, Ricardo (2017) *En defensa de la forma: Heinrich Rickert, la filosofía de los valores y el problema de la objetividad del conocimiento histórico*. En: *Política y valores den la modernidad. Un recorrido teórico-político desde la muerte de Dios nietzscheana a las tribulaciones del periodo de entreguerras*. Buenos Aires: Gino Germani UBA.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2005) *Por un derecho penal sólo penal: Derecho Penal, derecho de medida de seguridad y Derecho administrativo Sancionador*. Libro Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Maurullo. Pamplona: Civitas.
- LANDA ARROYO, César (2002) *El derecho fundamental al “debido proceso” y a la tutela jurisdiccional*. En: Pensamiento Constitucional, Año VIII Nro. 8, pp. 445-461, Lima: PUCP Fondo Editorial.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2017) *Garantías penales y sanciones administrativas*. En: Revista de Político Criminal Nro. 12, Nro. 24, diciembre, pp.622-689. Santiago de Chile.

- LIZÁRRAGA GUERRA, V. (2013) *Fundamento Del “ne bis in ídem” en la Potestad Sancionadora de la Administración Pública*. En: Revista Gestión Pública y Desarrollo n°68. Lima.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004) *El Principio Non Bis In Ídem*. Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ LÓPEZ, Hugo (2009) *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*. Madrid: Thomson Reuters.
- MAIER, Julio B.J. (2004) *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MAURACH, Reinhart & ZIFT Heinz (1994) *Derecho Penal Parte General I teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho impune*. Buenos Aires: Astrea.
- MERKL, Adolf (2004) *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Comares.
- MEZGER, Edmund (1958) *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: 6° Ed Bibliografía argentina.
- MUÑOZ LLORENTE, José (2001) *La Nueva Configuración del Principio Non Bis In Ídem*. Madrid: La ley.
- MAIER, Julio B.J. (2008) *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (“ne bis in ídem”)*. En: Antología. El proceso penal contemporáneo. Trujillo: Palestra.
- MARAVER GÓMEZ, Mario (2001) *La recepción del finalismo en España: algunas consideraciones del carácter metodológico*. En: Revista jurídica Nro. 5, pp.165-2014. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- MARSEILLE, Jackes
 (1992) *Gran Historia Universal Tomo 10: Los Tiempos del Absolutismo*. Barcelona: Lauresse.
 (1992) *Gran Historia Universal Tomo 11: El Despotismo Ilustrado*. Barcelona: Lauresse.
 (1992) *Gran Historia Universal Tomo 12: Las Revoluciones*.

Barcelona: Lauresse.

- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2007) *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MATTES HEINZ & MATTES HERTA (1979) *Problemas de derecho penal administrativo*. Jaén: Edersa.
- MENDEL, Ernest (2015) *El significado de la segunda guerra mundial*. Bogotá: La oveja roja.
- MERTON, Robert K. (2015) *La división del trabajo social de Durkheim*. En: *Revista española de investigaciones sociológicas Nro. 99, julio-setiembre, pp. 201-209*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- MESSER, Augusto (1927) *La Filosofía Moderna: Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Revista de occidente.
- MIR PUIG, Santiago (1976) *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (1995) *El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito*. En: *Revista chilena de Derecho Penal y Criminología, Vol. N° 22, Nro. 02, pp.265-296*. Santiago de Chile.
- MONROY GÁLVEZ, Juan F. (2009) *Teoría general del proceso*. Lima: Comunitas.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1984) *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.
- MÜSSIG, Bernd. (2001) *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia.
- NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto (2002) *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria*. En: *Revista Ius Praxis N° 33 (pp. 189-201)*. Lima: Universidad de Lima.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2001) *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid: Colex.

- NIETO GARCÍA, A. (2005) *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- NIÑO, Luis Fernando (2006) *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Hammurabi.
- NÚÑEZ PÉREZ, F.V. (2012) *El Contenido Esencial del Non bis in Ídem y de la “cosa juzgada” en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- ORTEGA Y GASSET, José (1984) *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Cátedra.
- PARADA VÁSQUEZ, J.R. (1972) *El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal*. En: Revista de Administración Pública N° 67. Madrid.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes (2002) *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*. Valencia: Tirant lo blanch.
- PONCE RIVERA, Carlos Alexander (2017) *La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores*. En: Revista Lex N° 20, ISSN 2313-1861.
- POZZOLO, Sussana (2015) *Apuntes sobre el neoconstitucionalismo*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2009) *Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal*. Lima: Idemsa.
- QUERALT JOAN, J. (1992) *El principio non bis in ídem*. Madrid: Tecnos.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J.
(2006) *La Garantía del “ne bis in ídem” en el Ordenamiento Jurídico Penal*. Lima: Jurista.

(2007) *El bien jurídico en el derecho penal. Concepto, fundamento y validez del objeto de protección en el ámbito jurídico-penal*. En: Actualidad Jurídica Nro. 164, pp. 109-123. Lima: Gaceta jurídica.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2001) *El contenido de las sanciones*. En: Justicia Administrativa- Revista de Derecho Administrativo Sancionador, N° Extraordinario. pp. 151-206.

Madrid.

- RENOUVIN, Pierre (1994) *La Primera Guerra Mundial*. Barcelona: Globus.
- RESTREPO ZAPATA, Juan David (2018) *La Constitución alemana de Weimar (1919) ¿Una utopía en medio de la crisis? Un análisis histórico a sus aspectos interventores, modernizadores y derechos sociales*. Santiago: Instituto de estudios internacionales de la Universidad de Chile.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo (2008) *Los principios de la reforma y el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal (NCPP)*. En: Artículos y Ensayos en torno a la Reforma del Sistema Procesal Penal y Apuntes sobre la Justicia Constitucional. Revista Institucional N° 08. Academia de la Magistratura y Programa de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú (JUSPER). Lima.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa (1994) *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Arias Montano.
- RODRÍGUEZ, Darío & TORRES, Javier (2003) *Autopoeisis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana*. En: revista Dossie Nro. 09, enero-junio, pp. 106-140. Porto Alegre
- ROJAS ALVÍTEZ, Karla Patricia (2015) *El principio del “ne bis in ídem”*. En: APECC- Revista de Derecho, Año IV-N°06. Madrid.
- ROJAS RODRÍGUEZ, H. F. (2015) *Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador*. Lima: Instituto Pacífico.
- ROUSSEAU, Jean Jacques
 (1983) *El Contrato Social*. Madrid: Sarpe.
 (2008) *Emilio o de la Educación*. Madrid: Edaf.
- ROXIN, Claus
 (1997) *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción a la 2° ed. Alemana*. Madrid: Civitas.
 (2000) *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25° edición

alemana. Buenos Aires: Editores del Puerto.

(2007) *¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal? En: La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* pp.443-448. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales.

- RUIZ MANOTAS, Paola & BERMEO, Luis Fernando (2018) *La recepción de la teoría de los sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana*. En: revista de investigación en Derecho Dike Nro. 23, abril- setiembre, pp. 81-100. Puebla: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- SALAS SOLÍS, Mainor E. (2005) *La explicación en las ciencias sociales: consideraciones intempestivas contra el dualismo metodológico en la teoría social*. En: Revista Reflexiones Nro. 84. San José de Costa Rica.
- SAN MARTIN CASTRO, César
 (2003) *Derecho Procesal Penal. Tomos I y II*. Lima: Grijley.
 (2005) *Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal*. En: El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra Editores.
 (2012) *Control Difuso en Materia Penal*. En: Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima: Grijley.
 (2015) *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales & Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales
- SAVATER, Fernando (2009) *Historia de la Filosofía sin temor ni temblor*. Bogotá: Espasa Calpe.
- SEELMANN, Kurt (2007) *El concepto de bien jurídico. El harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena*. En: *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* pp. 373-382. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2007) *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. En: *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación*

del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? pp. 197-226. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales.

- STRATENWERTH, Günter (2007) *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. En: *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* pp. 365-372. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001) *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. Madrid: Civitas.
- SOTOMAYOR ALARCÓN, Lucía (2014) *Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador*. En: *Revista de Administración Pública* ISSN: 0034-7639, Nro. 195, pp. 135-167. Madrid.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María

(1981) *La Satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense* Nro. 63, pp. 123-150. Madrid.

(2014) *La investigación en el derecho penal*. Lima: CICAJ-DAD-PUCP.
- TORIO LOPEZ, Ángel (1991) *Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de aranceles)*. En: *Estudios sobre la constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol.3 pp. 2529-2546, Colección General 342.0230946/M378e. Madrid.
- UNGER, Mark (2009) *Cincuenta años de la Ley Fundamental alemana- de un provisorio con una larga vida*. En: *Estudios constitucionales* Nro. 02, pp. 301-316. Talca: Centro de estudios constitucionales de Chile.
- URTEAGA OLANO, Eguzki (2010) *La teoría de los sistemas de Niklas Luhmann*. En: *Revista internacional de filosofía* Nro. 15, pp. 301-317. Málaga: Universidad de Málaga.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2017) *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grjley.

- VILLEGAS PAIVA, Elky (2010) *Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Lima: Astrea.
- VIRGOLINI, Julio (2008) *Los delitos de cuello blanco*. En: *Nuevas tendencias en el derecho penal económico*, pp. 41-62. Universidad de Cádiz.
- VON HIRSCH, Andrew (2007) *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. En: *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons.
- YON RUESTA, Roger (2000) *Huaypethue: ¿Infracción administrativa o delito penal? Acercamiento a la realidad penal tributaria*. En: *Themis* N° 41. Lima: Themis.
- WELZEL, Hanz (1976) *Derecho Penal Alemán*, trad. de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile.
- WITKER VELÁSQUEZ, Jorge (1986) *Cómo elaborar una tesis en derecho (pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho)*. Madrid: Civitas.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl
 - (1980) *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo I*. Buenos Aires: Ediar.
 - (1981) *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.
 - (1981) *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III*. Buenos Aires: Ediar.
 - (1993) *En busca de las penas perdidas*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
 - (1999) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro & ALAGIA, Alejandra (2008) *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

- ZANOBINI, Guido (1933) *El problema de la pena administrativa*. En: Revista Crítica de Jurisprudencia. B.s. pp. 457 y ss.

- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura
 - (2001) *Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una administrativización del derecho penal o una penalización del derecho administrativo sancionador?* En: Homenaje al doctor Marino Barbero Santos *in memoriam*, Vol. Nro. 1, ISBN 84-8427-139-0, pp. 1417-1444, Madrid.

 - (2005) *Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales*. En: Libro homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez, ISBN 958- 35-0540-4, pp. 579-608. Madrid.

9. PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES

- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 12 de diciembre de 1996, en el Exp. N° 0067-1993-AA/TC-LIMA, asunto Pedro Arnillas Gamio.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 04 de abril del 2001, en el Exp. N°0002-2001-AI/TC-LIMA, asunto Defensoría del Pueblo.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 06 de agosto del 2002, en el Exp. N° 1003-98-AA/TC-LIMA, asunto Jorge Miguel Alarcón Meléndez.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 11 de octubre del 2002, en el Exp. N° 0479-2002-AA/TC-AREQUIPA, asunto Ólger Giovanni Ponce Valdivia.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 03 de enero del 2003, en el Exp. N° 010-2002-AI/TC-LIMA, asunto Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 14 de abril del 2003, en el Exp. 0729-2003- HC/TC-LIMA, asunto Marcela Ximena González Astudillo.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 16 de abril del 2003, en el Exp. N°2050-2002-AA/TC-LIMA, asunto Carlos Ismael Ramos Colque.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 26 de abril del 2004, en el Exp. N° 1670-2003-AA/TC-LAMBAYEQUE, asunto José Santiago García Caballero.

- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 24 de noviembre del 2004, en el Exp. 2868-2004-AA/TC-ANCASH, asunto José Antonio Álvarez Rojas.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 28 de diciembre del 2004, en el Exp. N° 3194-2004-HC/TC-LIMA, asunto Nicanor Carreño Castillo.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 12 de enero del 2005, en el Exp. N° 3459-2004-AA/TC-LIMA, asunto Aida Rosa Ángeles Otárola.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 15 de setiembre del 2005, en el Exp. N° 003-2005-PI/TC, asunto más de 5000 ciudadanos.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 08 de noviembre del 2005, en el Exp. N° 5854-2005-PA/TC-PIURA, asunto Pedro Andrés Lizana Puelles.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 14 de noviembre del 2005, en el Exp. N° 8123-2005-PHC/TC-LIMA, asunto Nelson Jacob Guzmán.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 29 de noviembre del 2005, en el Exp. N°4587-2004-AA/TC-LIMA, asunto Santiago Martín Rivas.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 07 de noviembre del 2007, en el Exp. N° 00719-2007-PA/TC-LIMA, asunto Faustino Félix Pancca Bustincio.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 22 de setiembre del 2008, en el Exp. N° 2725-2008-PHC/TC-LIMA, asunto Roberto Boris Chauca Temoche y otros.

- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 06 de febrero del 2009, en el Exp. N° 00286-2008 PHC/TC-AYACUCHO, asunto Alberto Alca Quispe.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 31 de marzo del 2009, en el Exp. N° 01569-2006-PA/TC-LIMA, asunto Octavio Cervantes Laguna.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 3 de setiembre del 2010, en el Exp. N° 01873-2009-PA/TC-LIMA, asunto Vicente Rodolfo Walde Jáuregui.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 24 de setiembre del 2010, en el Exp. N° 1887-2010-PHC/TC, asunto Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 25 de abril del 2018, en el Exp. N° 20-2015-PI/TC, asunto Colegio de Abogados de Arequipa vs. Congreso de la República: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversas disposiciones de la Ley 29622, que modifica la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Peruano”, del 05 de marzo del 2020, en el Exp. N° 0006-2014-PI/TC, asunto demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado por el Colegio de Notarios de Lima.

- Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú N° 01-2007/ESV-22, del 16 de noviembre del 2007, que determina como precedentes vinculantes a los fundamentos jurídicos Nros. 04 y 05 de la Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 07 de junio del 2006, en el Recurso de Nulidad N° 2090-2005-Lambayeque.
- Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de la República N° 1-2009/CJ-116, del trece de noviembre del 2009, el cual tuvo como asunto a las Rondas Campesinas y el Derecho Penal.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español del 9 de febrero de 1972
- Sentencia del Tribunal Supremo Español del 22 de febrero de 1985
- Sentencia del Tribunal Supremo Español del 3 de junio de 1987.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español del 9 de abril de 1996, 3', secc. 5.'
- Sentencia del Tribunal Supremo Español 2602/1999 de 19 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español Nro. 1336/2002 del 15 de julio.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 2/1981, de 2 de febrero.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 25/1984, de 21 de mayo.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 177/1999, de 11 de octubre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 73/1983, de 03 de octubre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 77/1983, de 03 de octubre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 2/2003, de 16 de enero.

- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 132/2001, de 08 de junio.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 2/1981, de 30 de enero.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 234/1991, de 10 de diciembre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 219/1889, de 21 de diciembre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” STC 61/1990, 29 de marzo.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 2/1981, de 30 de enero.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 2/1987, de 21 de enero.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 66/1984, de 6 de junio.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 119/1988, de 20 de junio.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 234/1991, de 10 de diciembre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 177/1999, de 11 de octubre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 160/2012, del 20 de setiembre.
- Sentencia del “Tribunal Constitucional Español” 2/2013, de 14 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Exp. ROL N° 1079-2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Exp. ROL N° 2264-2012
- Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Caso *Green vs United States*, 1957.

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de setiembre de 1997, en el caso Loayza Tamayo Vs. Perú.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 21 de febrero de 1984, en el Caso Oztürk.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 30 de junio del 2002, en el caso W.F.C Vs. Austria.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 30 de julio de 1998, en el caso Olivera vs Suiza.