



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

El ne bis in ídem como principio difuminado, en su aplicación dentro de la jurisprudencia penal nacional

TESIS

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

AUTOR

Jorge Luis MELGAR CUCHO

ASESOR

Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

Lima, Perú

2023



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.

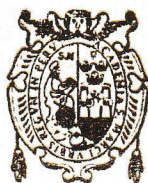
Referencia bibliográfica

Melgar, J. (2023). *El ne bis in ídem como principio difuminado, en su aplicación dentro de la jurisprudencia penal nacional*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Jorge Luis Melgar Cucho
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	43889486
URL de ORCID	“ “
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Ricardo Alberto Brousset Salas
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07374260
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6262-2759
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	David Emmanuel Rosales Artica
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41198624
Datos de investigación	

Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: (Unidad de Posgrado de Derecho UNMSM) País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesús María Calle: (General Santa Cruz 711) Latitud: -11.77453 Longitud: -76.98543
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Marzo 2022 - julio 2023
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



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 cuatro días del mes de setiembre del año dos mil veintitrés, siendo las dieciocho horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores: Mg. Ricardo Alberto Brousset Salas, Mg. Víctor Jimmy Arbulú Martínez, Mg. David Emmanuel Rosales Artica y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller don Jorge Luis MELGAR CUCHO, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"EL NE BIS IN ÍDEM COMO PRINCIPIO DIFUMINADO, EN SU APLICACIÓN DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA PENAL NACIONAL"**.

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

APROBADO CON CALIFICACIÓN DE BUENO CON UNA NOTA DIECISEIS (16)

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 a la Bachiller en Derecho don **Jorge Luis MELGAR CUCHO**.

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

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO

Presidente
Profesor Principal

Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

Asesor
Profesor Principal

Mg. Víctor Jimmy ARBULÚ MARTÍNEZ

Jurado
Profesor Asociado

Mg. David Emmanuel ROSALES ARTICA

Jurado
Profesor Contratado



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS
Universidad del Perú, Decana de América

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS, en mi condición de asesor acreditado con el Dictamen N° 290-UPG/FD-2021 de la tesis, cuyo título es **“EL NE BIS IN ÍDEM COMO PRINCIPIO DIFUMINADO, EN SU APLICACIÓN DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA PENAL NACIONAL”**, presentado por el graduando Jorge Luis MELGAR CUCHO, para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales **CERTIFICO** que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante la plataforma PIDS, el documento evaluado cuenta con el 18 % de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado/ título/ especialidad correspondiente.

Lima, 12 de Agosto de 2024

Firma del Asesor: _____

Nombres y apellidos del asesor: Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

DNI: 07374260

**EL *NE BIS IN ÍDEM* COMO PRINCIPIO DIFUMINADO EN SU
APLICACIÓN, DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA PENAL
NACIONAL**

— • • □ (GNC) □ • • —

Con aprecio y entrega, para todos aquellos que hicieron posible su realización y en especial a mis padres, esposa, y mi hijo Jorge Dominick; mis razones para continuar con determinación a seguir adelante.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por permitirme un día nuevo al amanecer y protegerme siempre manteniendo la fe, y a todos mis maestros por las máximas de enseñanzas, en el mundo del Derecho.

RESUMEN

En el espacio jurídico peruano, y dentro del universo, de las diferentes formas y manifestaciones de técnicas procedimentales o procesos sancionatorios, como se les conoce actualmente, y que rigen en el Perú, aplicable a cada uno de los sujetos que la componen y sometidos a las disposiciones y ordenamientos propios, que rigen las conductas de cada uno de sus integrantes, resulta aplicable que se sancione, tanto de forma administrativa, penal, e incluso para aquellos que forman parte de una jurisdicción independiente, es decir dentro de un fuero privativo o penal privativo (castrense), es posible y probable que en dicho ámbito, suceda una persecución múltiple, con la finalidad de establecer una sanción tanto penal como administrativa o privativa, así como de forma concursal, una sanción penal, administrativa y privativa, a aquellos que hayan vulnerado, cualquier disposición emanada por el Estado, y cuya interpretación, legítima, a quienes tienen la potestad y deber de aplicarlo.

Estas interpretaciones que no determinan cambios en su concepción y aplicación, por el legitimado a hacerlo; es una forma de manifestación de *Ius Puniendi* del Estado, que genera una incertidumbre al ciudadano, que afectado por ello, permite al Estado, aplicar una sobre-reacción punitiva a determinados sujetos, probablemente por su condición de tal; y que no permite vislumbrar una respuesta acorde a la defensa de los derechos fundamentales de las personas, es ahí, que a través de la interpretación del principio *ne bis in idem*, se nos permite establecer marcos de interpretación para lograr un cambio jurídico en la actual coyuntura y afrontar con mayor seguridad, el sistema normativo contemporáneo, sobrecargado desproporcionalmente de procedimientos sancionatorios.

Es así, que dicho principio *ne bis in ídem*, como extensión de garantía fundamental, soslaya, cualquier posibilidad de un proceso o procedimiento múltiple sancionatorio, pues el objetivo de dicho principio es evitar, cualquier arbitrariedad excesiva, dentro de un Estado de derecho, a fin de establecer seguridad jurídica, manteniendo un respeto por la dignidad de cada una de las personas que la integran, y como base fundamental, dentro de las relaciones y tratos propios de una sociedad.

PALABRAS CLAVES: *Ne bis in ídem*, principios, fuero privativo, fuero común, proceso administrativo sancionador, seguridad jurídica, justicia, proporcionalidad, eficacia, efectos, dignidad, razonabilidad, fundamentos, bienes jurídicos.

ABSTRACT

In the Peruvian legal space, and within the universe, of the different forms and manifestations of procedural techniques or sanctioning processes, as they are currently known, and that govern in Peru, applicable to each of the subjects that compose it and subject to its own provisions and regulations, which govern the conduct of each of its members, it is applicable that it be sanctioned, both administratively, criminally, and even for those that are part of an independent jurisdiction, that is, within a private jurisdiction or private criminal (military), it is possible and probable that in this area, a multiple prosecution will occur, with the purpose of establishing both a criminal and administrative or private sanction, as well as in bankruptcy, a criminal, administrative and private sanction, to those that have violated, any provision emanated by the State, and whose interpretation, legitimizes, those who have the power and duty to apply it.

*These interpretations that do not determine changes in their conception and application, by the person entitled to do so; It is a form of manifestation of the *Ius Puniendi* of the State, which generates uncertainty for the citizen, who, affected by it, allows the State to apply a punitive overreaction to certain subjects, probably due to their status as such; and that does not allow us to glimpse a response according to the defense of the fundamental rights of the people, it is there, that through the interpretation of the *ne bis in idem* principle, we are allowed to establish interpretation frameworks to achieve a legal change in the current situation and face with greater security, the contemporary regulatory system, disproportionately overloaded with sanctioning procedures.*

*Thus, the *ne bis in idem* principle, as a fundamental guarantee, ignores any possibility of a process or multiple sanctioning procedure, since the objective of*

said principle is to avoid any excessive arbitrariness, within a rule of law, in order to to establish legal certainty, maintaining respect for the dignity of each one of the people that integrate it, and as a fundamental basis, within the relationships and dealings of a society.

KEY WORDS: *Ne bis in idem, principles, exclusive jurisdiction, common jurisdiction, sanctioning administrative process, legal security, justice, proportionality, effectiveness, effects, dignity, reasonableness, foundations, legal rights.*

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria.....	III
Agradecimiento	IV
Resumen.....	V
Abstract.....	VII

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

I. Planteamiento del Problema.	2
1.1. <i>Descripción de la realidad problemática</i>	2
II. Problema de investigación.	4
2.1. <i>Formulación del Problema General</i>	4
2.2. <i>Formulación del Problema Específico</i>	4
III. Justificación de la Investigación.	4
3.1. <i>Justificación Teórica</i>	4
3.2. <i>Justificación Práctica</i>	5
IV. Hipótesis de Trabajo.....	5
4.1. <i>Hipótesis General</i>	5
4.2. <i>Hipótesis Específicas</i>	6
V. Objetivos de la Investigación.	6
5.1. <i>Objetivo General</i>	6
5.2. <i>Objetivo Específico</i>	7
VI. Método de Investigación.....	7
VII. Técnicas de Investigación.	7

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL *NE BIS IN ÍDEM* COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL

1. Principio del Derecho.....	8
2. ¿Es el <i>ne bis in ídem</i> es un principio, o una norma del derecho?.....	12
3. ¿Que problemas surgirían cuando un derecho se encuentra compuesto en una regla y otro en un principio?.....	15
4.Evolución del principio <i>ne bis in ídem</i> en el Sistema Jurídico del <i>common law</i> y <i>civil law</i> y su contexto internacional.	16
4.1 Sistema del <i>common law</i> y el “double jeopardy”.....	17
¿Cuál es el desenlace cuando hay problemas de sentencias de un mismo hecho en éste sistema?; que soluciones plantean:	18
4.2 Sistema del <i>civil law</i> y el “ <i>ne bis in ídem</i> o <i>non bis in ídem</i> ”.	22
5. El <i>ne bis in ídem</i> en la CIDH, TEDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Tribunal penal internacional y otros.	24
5.1 La Convención Europea de Derechos Humanos, en el artículo 4 del protocolo adicional N° 7.....	26
5.2 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	27
5.3 Acuerdo de SCHENGEN.....	27
5.4 Estatuto del Tribunal Internacional para RWANDA	31
5.5 Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia.....	31
5.6 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	32
5.7El Informe 01/95 CIDH Alan Garcia Perez de 11 de marzo de 1999.....	32
5.8 Caso Lori Berenson y la supuesta vulneración al <i>ne bis in ídem</i>	34
5.9Tribunal Europeo de DD.HH.....	37
5.10 EL LIBRO VERDE: sobre los conflictos de jurisdicción en el principio <i>ne bis in ídem</i> . (EUROPEO)	40
5.10.1 El debate sobre el principio <i>ne bis in ídem</i> en el libro verde.....	42

6. Evolución del <i>ne bis in idem</i> en la legislación y jurisprudencia relevante peruana.....	42
6.1 Fundamentos constitucionales y normativos del <i>ne bis in idem</i> en el Perú.	43
6.2 Situación actual de la jurisprudencia del <i>ne bis in idem</i> en el Tribunal Constitucional.	43
6.3 Situación actual de la jurisprudencia del <i>ne bis in idem</i> en la Corte Suprema.....	49
7. Conclusión previa.	54

CAPÍTULO II

ASPECTOS ESTRUCTURALES DEL *NE BIS IN IDEM* COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL

1. El sentido del <i>ne bis in idem</i> como un principio del Derecho penal.	60
2. Vertiente procesal del <i>ne bis in idem</i>	63
3. Vertiente material del <i>ne bis in idem</i>	66
4. Componentes o identidades del <i>ne bis in idem</i>	69
4.1 Identidad de sujeto.	69
4.2 Identidad de hecho.	74
4.3 Identidad de fundamento.	77
5. Actividad procesal y material del <i>ne bis in idem</i> en el ámbito de su desarrollo.	84
6. Concurrencia de las potestades sancionatorias del Estado, con relación a las sanciones administrativas.	85
7. La autonomía de responsabilidades	92
8. Conclusión previa.	94

CAPÍTULO III

EXIGENCIAS DEL ANALISIS DEL *NE BIS IN ÍDEM* CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO

1. El <i>ne bis in ídem</i> y la cosa juzgada.....	98
2. El <i>ne bis in ídem</i> y la seguridad jurídica.....	102
3. El <i>ne bis in ídem</i> y el bien jurídico.....	105
4. El <i>ne bis in ídem</i> y el principio de proporcionalidad.....	109
5. El <i>ne bis in ídem</i> y el principio de legalidad.....	114
6.- Concurso de delitos.....	117
6.1.- <i>Concurso ideal</i>	118
6.2.- <i>Delito continuado</i>	119
7.- La justicia penal privativa- militar policial.....	120
7.1 <i>Evolución de la legislación militar</i>	121
7.2 <i>El delito de función</i>	124
7.3 <i>Los intereses o bienes jurídicos protegidos o tutelados</i>	125
8.- Contienda de competencia entre el fuero militar policial y el fuero ordinario o común.....	125
9. El termino “sujeción especial” y su relacion con el <i>ne bis in ídem</i>	131
10. Multa y el <i>ne bis in ídem</i>	138

CAPÍTULO IV

CONCEPCIÓN O POSTURA PERSONAL

1. Conclusiones generales de cada capitulo.....	140
2. Importancia sustancial de la posición personal.....	142

Conclusiones	144
Recomendaciones	148
Bibliografía	150

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

SUMARIO: 1. Planteamiento del Problema. 1.1. Descripción de la realidad problemática. 2. Problema de investigación. 2.1. Formulación del Problema General. 2.2. Formulación del Problema Específico. 3. Justificación de la Investigación. 3.1. Justificación Teórica. 3.2. Justificación Práctica. 4. Hipótesis de Trabajo. 4.1. Hipótesis General. 4.2. Hipótesis Específicas. 5. Objetivos de la Investigación. 5.1. Objetivo General. 5.2. Objetivo Específico. 6. Método de Investigación. 7. Técnica de Investigación.

I. Planteamiento del Problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

Dentro del enunciado normativo general, existe un principio tan civilizado, como remoto, el cual ha logrado establecer, dentro de todo jurista, de toda época e incluso investigadores, e historiadores, impulsar un propio interés, en comprender su finalidad, y el Perú, no ha sido ajeno a ello, pues juristas y operadores jurídicos, tratan incluso de saber y comprender ¿por qué?, dentro del entorno jurídico nacional sancionador, no hay suficiente doctrina al respecto, que permita, establecer criterios y definiciones de la estructura, en cuanto a su aplicación; sobre dicho principio, dificultando una clara expresión, de su manifestación, como un fundamental derecho, establecido para cada persona, lo que impide una apropiada utilidad, en consonancia con la realidad, y actualidad que se vive, en comparación con otros modelos jurídicos, en el sistema románico germánico o *civil law*, o hasta en el propio *Common Law*.

En virtud, de ello, no existen actualmente, bases sólidas, en el Perú, para establecer con precisión, algo que vincule normativa y jurisprudencialmente, una correcta aplicación del mismo; y evitar concurrentes manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado, para que se imponga, una pena, sanción o cualquier otro correctivo, para aquellos que hayan infringido una disposición emanada por el Estado, a través de una Ley, una regla etc., que emanan de un ordenamiento penal (Código penal), administrativo (P.A.S) o privativo (Fuero privativo), lo que no estaría en concordancia con posiciones contemporáneas e incluso antiguas posiciones doctrinarias, ya secularizadas; y tal como señala el jurista argentino Julio MAIER; “*la ley no puede conceder al acusador, en principio, dos posibilidades de arribar a una condena: ne bis in ídem*”, (MAIER, 2011)

Una cuestión tan problemática, como importante que se puede encontrar en esta investigación y que coinciden todos los juristas a nivel nacional, es que todos señalan y precisan la existencia de un vacío, que trae como consecuencia, un grave problema de aplicación, y cuyas posiciones no son pacíficas, tanto que

los propios operadores de justicia, no pueden aplicar o confunden su aplicación, no logrando cumplir con la finalidad, de dicho principio y poder establecer cual seria, en todo caso, el reproche correcto, ideal, o idóneo, para evitar la concurrencia activa del *Ius Puniendi* del Estado, lo que trae como consecuencia que hasta la fecha, existen criterios difusos, y difuminados, sobre el mismo problema, que a lo largo de más de tres décadas, y siendo de reciente aplicación, ha traído diversos criterios, que generan más cuestionamientos que soluciones, y una incertidumbre, que incluso el legislador no ha sabido, poder responder, para establecer, las reglas, para el predominio, de un proceso sobre otro, procedimiento sobre otro, proceso sobre procedimiento o viceversa; por lo que es necesario invocar en este punto a un gran jurista como Bauman JURGEN, el cual señala que, en toda litispendencia, sobre unos mismos hechos, ya existe un impedimento de carácter procesal, que pueda dar inicio a otro procedimiento o proceso, sobre el mismo objeto, y que por cuestiones de trascendencia en el tiempo, el segundo debe cerrarse, e incluso es tal importancia, que es necesaria para poder graduar la pena, a fin de establecer una seguridad jurídica que debe anteceder a la justicia. Cfr.(BAUMAN, 1986).

Volviendo a nuestra actual realidad, los legisladores nacionales, han ido creando cada vez más normas sancionatorias, para conductas, impropias de un individuo, en sociedad; creándose normas de forma vehemente, llevados por la pasión, sin tener en cuenta, las garantías fundamentales que rigen el derecho, y que protegen a la persona, a fin para preservar sus derechos como tal, rompiendo esa armonía entre norma y principio, haciendo una ilusión, de protección, que no limita, el poder punitivo del Estado, pues una Ley no refleja el poder punitivo de un Estado, sino sirve para la limitarla.

II. Problema de investigación

2.1. Formulación del Problema General

¿Es eficaz, establecer una reforma en la interpretación y aplicación del principio *ne bis in ídem*, dentro de la Jurisprudencia penal Nacional?

2.2. Formulación del Problema Específico

¿Cuál es la influencia del principio *ne bis in ídem* en un proceso penal, penal privativo y procedimiento administrativo sancionador peruano?

¿Cuál es la oportunidad de extender los efectos del principio *ne bis in ídem* más allá de sus fronteras a un proceso penal, penal privativo y procedimiento administrativo sancionador peruano?

III. Justificación de la Investigación

3.1. Justificación Teórica

El ámbito de investigación del presente, se justifica, y se cimenta en la notable y escasa, información nacional, sobre un principio que no tiene fronteras, en los sistemas jurídicos que rigen el mundo del derecho, e incluso más allá del *civil law*; el principio del *ne bis in ídem* como se le conoce, es un principio de naturaleza tan particular, que sirve como garantía en todo proceso sancionatorio

creado por el hombre, y en el Perú, que se rige por los mismos principios, pero con una notable precariedad estructural normativa; motivo por el cual, se logra identificar “un vacío de aplicación”, dentro de los procesos sancionatorios normativos peruanos, y que pocas investigaciones dan gran alcance, para su aplicación, en el ámbito nacional, y que simplemente es desplazado o relegado por esa incompleta materialidad en su aplicación, llevando a una compleja e irrealizable cumplimiento de la finalidad de dicho principio, siendo que éste principio es una garantía obligatoria, llegando a posicionarse como un derecho fundamental irrenunciable de cada individuo, para limitar el *IUS PUNIENDI* del Estado.

3.2. Justificación Práctica

El presente trabajo de investigación, espera aportar una muy importante y valiosa información, que se espera sea aceptada por la comunidad en investigación, además que logre satisfacer y ampliar los conocimientos de los operadores de justicia en la práctica; concretamente en el proceso penal, información e investigación que espera ser una herramienta útil en la correcta aplicación del principio *ne bis in ídem* y así desarrollar aún más nuestro propio modelo penal dentro del sistema jurídico adoptado.

IV. Hipótesis de Trabajo

4.1. Hipótesis General

Si podemos establecer la eficacia del principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia penal nacional y proponer pautas y criterios que conlleven a la reforma en su interpretación, se logrará una correcta aplicación del mismo;

siendo así podremos entonces determinar la relación y vinculación del principio en sí, en el proceso penal, y éste al mismo tiempo contribuiría en el discernimiento de los demás procesos sancionatorios; llegando a ser viable, y modernizado, incluso pudiendo estar a la vanguardia de los modelos en procesos penales.

4.2. Hipótesis Específicas

H1. Existe una superficial influencia del principio *ne bis in ídem* en los procesos penales, procesos penales privativo y administrativo sancionador, que se ha mantenido gracias a la jurisprudencia penal nacional y ampliarlos permitirá desarrollar los elementos y criterios que componen dicho principio en el modelo penal peruano y afianzar la seguridad jurídica en el sistema penal nacional, dejándose atrás la escasa interpretación pasada.

H2. No hay oportunas razones y criterios determinantes, en la concepción tradicional actual, por las cuales sea posible extender los efectos del principio *ne bis in ídem* más allá de sus fronteras de un proceso penal, al penal privativo y administrativo sancionador, advirtiéndose serias deficiencias en el ordenamiento jurídico y jurisprudencial penal nacional, recurriéndose solo a la interpretación del Tribunal Constitucional peruano.

V. Objetivos de la Investigación

5.1. Objetivo General

Establecer la eficacia del principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia penal Nacional y proponer algunas pautas y criterios que conlleven a la reforma en su interpretación, para una correcta aplicación del mismo; determinar la relación y

vinculación del principio en sí, en un proceso penal, y éste al mismo tiempo contribuiría en el discernimiento de los demás procesos sancionatorios.

5.2. Objetivo Específico

Determinar en qué medida influirá el principio *ne bis in ídem* en un proceso penal, y en qué forma a los procesos penal privativo y procedimiento administrativo peruano.

Determinar y describir la posibilidad de extender los efectos del principio *ne bis in ídem* más allá de sus fronteras a un proceso penal, penal privativo y procedimiento administrativo peruano.

VI. Método de Investigación

Descriptivo, explicativo y propositivo, método de análisis-síntesis, así como también de deductivos e inductivos de toda la información acumulada.

VII. Técnicas de Investigación

- a) Análisis e interpretación documental de la información tanto jurisprudencial como doctrinaria sobre la aplicación e interpretación del principio *ne bis in ídem* en los procesos penales, así como en los demás procesos y procedimientos.
- b) Realización de fichas bibliográficas, relación de artículos y de revistas, video gráfica y audiovisual (conferencias, audios etc.) y fichas de toda la información en los medios electrónicos disponibles de Internet.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL *NE BIS IN ÍDEM* COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL.

1. PRINCIPIO DEL DERECHO

El término “principio” proviene del latín *principium*, que significa: comienzo, fuente, fundamento, según: (GALIANO MARITAN & GONZALES MILIAN, 2012); el Diccionario de la Lengua Española (RAE) lo entiende como: «*punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa*».

Es común empezar por el Derecho Romano, para ver rasgos del origen de un concepto jurídico o algún termino o principio jurídico, precisamente se toma como referencia a él Digesto de Justiniano, al cual diversos autores y juristas consideran como la principal fuente de acopio y reunión de criterios jurídicos, el mismo al cual han acudido incluso los *pandectistas* alemanes, mediante la

deducción y siguiendo el método científico para la extracción de principios; ahí donde se encuentran los inicios, de los principios del Derecho en el sistema romano germánico, bajo la denominación de «*regula iuris*».

Lo cual actualmente equivaldría al concepto contemporáneo del principio del Derecho y que al tratarse de las primeras regulaciones históricas, justificarían así su existencia basado en ese ordenamiento o compilado de constituciones imperiales promulgada por el Emperador Justiniano en el año 529 aproximadamente; el detalle con estos denominados *regula iuris a priori* es que se consideran, o los consideran como conclusiones del razonamiento de los juristas de la época y no están al principio como una especie de título preliminar, sino se encuentran como cualquier norma en el orden que le corresponde conforme a cada uno de los libros que componen el mismo vale decir el DIGESTO. Por ejemplo el *ne bis in idem* se puede entrever que se ubica en el libro 50, fragmento 57 del DIGESTO; emanándose como cualquier norma de la época, señalándose de la siguiente manera: “57, *idem Liblor XVIII. Ad Eedictum provinciales- Bona fides non patitur, ut bis idem exogatur*”, cuya traducción sería: “57; El mismo; Comentarios al Edicto provincial, libro XVII.- La buena fe no consiente que se exija dos veces la misma cosa”.

Tal es así, que quien participó de la elaboración del DIGESTO de Justiniano, y quien además es considerado como un jurista romano de origen fenicio, siendo incluso nombrado pretoriano romano, fue Ulpiano; al cual se le atribuye adagios seguidos hasta la actualidad, y a quien se le considera o fuese creador de lo que hoy se le denomina como la *tria iuris*, que son 03 frases muy famosas y de carácter universal en el mundo del Derecho, considerados como preceptos o postulados del Derecho, de aquella época y hasta la fecha; y, que no están regulados dentro del DIGESTO de JUSTINIANO y en ningún otro escrito, pergamino u obra de la época, pero se consideraban como fundamentales dentro

del Derecho romano y la relaciones jurídicas de la época, invocándose como patrones de referencia para la resolución de peripecias jurídicas de aquel entonces, tales como : *honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere*": Tres preceptos en el Derecho (reiterando no regulados en el DIGESTO) como son : «vivir honestamente, no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo», éste último considerado por muchos como la definición de «justicia»; sin embargo, en aquella época era solo un precepto un postulado un apotegma en el Derecho romano; no la definición impuesta del termino justicia.

Toda esta búsqueda de información y análisis nos lleva a preguntarnos nuevamente como brotó, como afloró, como adquirió cierta racionalización jurídica el *ne bis in ídem*, como se popularizó éste principio objeto de la investigación, un tema que le corresponde al método histórico jurídico, responder, hacia la aproximación del surgimiento o descubrimiento de un principio en el cual marcaría su orden dentro del mundo jurídico, desde el punto de partida histórico desde la actualidad hasta su aparición.

Antes de acontecer a resolver ésta incertidumbre, debemos hacer mención que la primera alusión del término **principios generales del derecho** se encuentra en el código Italiano de 1865, es ahí donde por primera vez se menciona en la historia del derecho moderno el nombre como tal, aunque anteriormente hay una ligera mención en el código Austriaco de 1811, denominándolo Principios Generales del Derecho Natural; y. esto debido a la influencia *iur*naturalista que se sostenía en aquella época.

Pero es Ronald *DWORKIN* el autor y responsable formal de reactualizar el protagonismo de los Principios Generales del Derecho sobre las fuentes del Derecho valido, según la cual todos los ordenamientos jurídicos se encuentran

integrados por un universo de principios, medidas y planeamientos políticos. Cfr. (PRIETO SANCHIS, 1985).

Pero Norberto BOBBIO, jurista, filósofo y politólogo italiano; sin embargo, hace una distinción entre lo que es principios generales del derecho, indicando que el primero son rasgos del Derecho Natural y los Principios de Derecho son propios de determinadas ramas y especialidades o capítulos del derecho siendo ésta según él jurista la denominación correcta. Cfr. (PEREZ LUÑO, 1997).

Se ha entendido también y han coincidido muchos juristas e investigadores así también como doctores de manera universal, que en los sistemas jurídicos existentes, los principios del Derecho, ayudan a resolver controversias judiciales, al ser considerados como fuentes del derecho de carácter general, elaborados y aceptados por el derecho, de tal manera que los magistrados (jueces y fiscales) puedan dar solución, a lo que ha pronunciado el legislador en los casos previstos; *«los principios reflejan valores superiores que el derecho busca alcanzar como lo es, la justicia y la equidad social para todos»*. Cfr. (DIAZ COUSELO, 1971).

Nuestra misma carta magna, haciendo remisión a lo anteriormente expuesto, señala en su artículo 139° inciso 8): *«El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario»*. Dando a entender el importante rol que cumplen dentro de nuestro modelo jurídico y especialmente en el ámbito penal.

Si cumplen un rol tan esencial importante en los sistemas jurídicos existentes; ¿qué sucedería?, en el hipotético caso, si hubiese una total ausencia

de dichos principios en los ordenamientos jurídicos; la respuesta sería muy obvia, al estar considerados en un lugar privilegiado por el Derecho, es absolutamente inevitable por lo menos en el Derecho contemporáneo actual, tenerlos en cuenta, pues actualmente no hay norma o ley que no esté avalada por un principio del Derecho, sobre todo por la gran influencia que éstos ejercen, al ser un incorpóreo sostén, usado de tal forma que se han convertido en pilares para justificar la existencia de cualquier ley o norma, pues una norma o ley que no se sustente en uno o algunos principios, es considerada arbitraria, caprichosa e ilegal, por lo tanto obligada a ser derogada, para así poder lograr el respeto y la dignidad de la persona humana como ciudadano dentro de la sociedad.

Además es sabido, notorio y conocido por muchos; y, sin necesidad de invocar a jurista o doctrinario alguno, que en la actualidad nunca se dejan de lado a la hora de interpretar un texto normativo; todo operador jurídico en su gran mayoría por no decir «totalidad», al momento de analizar la norma o la jurisprudencia, ya todos los operadores subconscientemente parametrizan y orientan su razonamiento y argumentación en función a éstos principios; y, que a pesar de que no esté plasmado literalmente en una constitución, ordenamiento o norma de carácter general, tal es el caso del *ne bis in ídem*, nunca pero nunca se dejan de lado al momento de interpretar y aplicar el derecho por parte de los jueces en virtud de potestad crucial y relevante .

2. ¿ES EL *NE BIS IN ÍDEM* ES UN PRINCIPIO, O UNA NORMA DEL DERECHO?

Diversos autores indican que hay connotaciones marcadas para diferenciar una norma de un principio, pero *DWORKIN* declara que existen y son lógicas

incluso desde su origen: Mientras las normas son creaciones concretas y deliberadas de instituciones, los principios surgen de manera más orgánica de la convivencia humana a lo largo del tiempo. Estos últimos no dependen de decisiones específicas sino de un sentido común compartido y evolucionan junto con la sociedad. A diferencia de las normas, que pueden tener limitaciones en casos particulares, los principios ofrecen una guía más flexible y adaptable, siendo capaces de proporcionar soluciones incluso en situaciones donde las normas resultan insuficientes. Cfr.(BARTH, 2005).

Pero; sin embargo, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO tomando los análisis de CARRIÓ y GUASTINI le agregan una connotación de norma a la expresión “principio jurídico o principios generales del derecho” expresando que éstos se pueden clasificar en:

- a) ***“Principios en el sentido de norma muy general; resulta extraño que pretendamos establecer una diferencia entre norma y principio, pero los mismos juristas autorizados clasifiquen a un principio en sentido de norma muy general. por ejemplo las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos que se regirán por la Ley del país en que se otorguen.***
- b) ***Principios en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos; por ejemplo dado en la expresión “la Ley no ampara el abuso del derecho” artículo 103° de la Constitución política del Perú en nuestra realidad.***
- c) ***Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines. Por ejemplo, «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores, mediante procedimientos eficaces».***
- d) ***Principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (generalmente son el propio reflejo de una forma de vida), Por ejemplo: «Es sabido que todos los peruanos somos***

iguales ante la ley, y no puede prevalecer alguna discriminación, por razones propias del lugar de nacimiento, por la raza, por el sexo, la religión, u opinión ni ninguna otra condición».

- e) **Principio en el sentido de norma de elevada jerarquía;** Según esta clasificación, se le otorga a todas las normas constitucionales el carácter de principios, las que incluso se deben incluir las que no parecieran ser ni muy importantes ni muy genéricas o generales, en su interpretación.*
- f) **Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos;** y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable y a interpretarla.*
- g) **Principio en el sentido de regula iuris;** esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de lo primero el principio de jerarquía normativa, de lo segundo, el principio del legislador racional que, aún sin estar formulado explícitamente en nuestro Derecho, es utilizado en numerosas ocasiones por los juristas teóricos o prácticos, por ejemplo, para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues sólo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla);”Cfr.(ATIENZA & RUIZ MANERO, 1991).*

En este último principio, según estos autores, podemos ubicar al principio materia de investigación del presente trabajo nos referimos al *ne bis in ídem*.; respecto de las diferentes posiciones de autores como *DWORKIN*, *Manuel ATIENZA* y otros para identificar el sentido del principio jurídico, particularmente se puede observar que *Dworkin* le da una significación que podría entenderse como amplia, con la finalidad de así, poder resolver cualquier problema jurídico que se presente en el Derecho; en cambio Manuel ATIENZA al darle una clasificación, esto le ayudaría a identificar ¿qué? principio es el adecuado para resolver un problema jurídico identificado, enfocando así el parámetro conveniente en su aplicación.

3. ¿QUÉ PROBLEMAS SURGIRÍAN CUANDO UN DERECHO SE ENCUENTRA COMPUESTO EN UNA REGLA Y OTRO EN UN PRINCIPIO?

Es un tema muy reflexivo de abordar, estableciendo que las distintas posiciones, cuando se encuentran en conflicto u oposición, generalmente ocasionan que los principios que están en un nivel constitucional, subyacen las normas o reglas por debajo de las normas constitucionales, al interpretar y resolver o solucionar dicha dificultad, no se debe tratar la prevalencia de uno sobre otro porque esto traería, mayor dificultad en su resolución, la posibilidad más ecuánime y moderada, en consonancia con una suerte de armonía sistémica entre ellos; se debe dar de tal forma que ambas coexistan, usando la ponderación como guía de los componentes de cada ordenamiento al que pertenece, bien, en un ordenamiento constitucional o infra constitucional pero con la conexión racional suficiente para que pueda existir entre ellos una armonía, hallando esa armonía, se establecerá al menos una alternativa menos dañosa para el individuo, quien al final es objeto de aplicación de dicho principio, restringiendo o ajustando las formas sancionatorias, a fin de que ese derecho fundamental pueda ser aplicado; por ejemplo:

El derecho a la privacidad es un principio fundamental que guía la interpretación de muchas leyes. Por ejemplo, si una ley establece la obligatoriedad de audiencias públicas, debemos analizar cómo esta regla específica se relaciona con el principio más amplio de privacidad y buscar una interpretación que respete ambos. Cfr. (BARAK, 2021).

Determinar por ejemplo a lo que señala BARAK si un principio regla afecta o restringe otro derecho, incluso si este es fundamental, podrá ser constitucional solo si después de un examen de ponderación cumple con las propias reglas de

la proporcionalidad, estableciéndose así, dentro de una jerarquía propia, sin afectar la constitucionalidad de otras normas, a fin de darle eficacia a las normas y éstos a su vez a los propios derechos fundamentales de predominancia sobre otros derechos fundamentales, cuando entren en conflicto, estableciendo así una legítima argumentación, aprobado por ambas partes, dejando en satisfacción al derecho mismo dentro de su aplicación, con un balance equilibrado a fin de valorar su mejor aplicación a los hechos puestos a su disposición.

4. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL *COMMON LAW* Y *CIVIL LAW* SU CONTEXTO INTERNACIONAL

Observando con atención; los sistemas de justicia (*Civil Law*, *Common Law*); podemos apreciar, la gran connotación que tiene el *ne bis in ídem* en ambos sistemas; siendo reconocido como principio en muchos de sus ordenamientos, de forma codificada o tacita, se le puede contemplar en la Quinta enmienda de la carta magna de los EE.UU (1791), teniendo como antecedentes en la Massachusetts *Body of Liberties* de 1641 (donde, en su artículo 42° señala de forma expresa (traducido manualmente): “*Ningún hombre será sentenciado dos veces por el mismo crimen, ofensa o infracción*”; y hasta en la tradición jurídica de justicia Ingles del Reino Unido es considerado un principio sacrosanto Cfr.(TENORIO, 2012); sin olvidarnos del artículo 103° de la Ley Fundamental para la república federal Alemana de 1949, vale decir la Constitución Alemana que también lo regula; teniendo todas ellas algo en común y que tienen muy en claro, el Estado es un ser poderoso, cuando el Estado monopoliza la justicia; es ahí donde el *ne bis in ídem*, toma un protagonismo indispensable; ya sea que se le conozca como *ne bis in ídem*, *doublé jeopardy* o *autrefois acquit* (termino mediante el cual se le denomina en Francia, herederos también del derecho romano).

El principio *ne bis in ídem*, como pilar fundamental del derecho penal, garantiza que ninguna persona sea juzgada o sancionada dos veces por el mismo hecho. Este principio no solo asegura el acceso a la justicia, sino también la validez y efectividad de las decisiones judiciales. Al convertirse en un derecho fundamental, protege a los ciudadanos de la arbitrariedad del Estado y garantiza un proceso justo, evitando la acumulación de sanciones por un mismo acto. Cfr (Tribunal Constitucional, Exp. N°09727-2005-PHC);.

4.1 SISTEMA DEL COMMON LAW Y EL “DOUBLE JEOPARDY”

La Corte Suprema de los Estados Unidos dentro del sistema anglosajón no define exactamente la cláusula del “doble riesgo” ni se dirige hacia una interpretación única, pese a que forma parte de un concepto antiguo y fundamental, pero hay autores que indican que se remonta desde el código de Hammurabi, pero no dan un alcance exacto de cual o que norma antigua anterior al DIGESTO, es la que se haya basado; incluso hasta podría ser la secularización de algún versículo, del antiguo testamento como el de NAHUM 1-9 el cual señala: *¿Qué pensáis contra Jehová? El hará consumación; y **no tomará venganza dos veces de sus enemigos**.*”; según el autor del libro *“Double Jeopardy, The History, Thalaw”* de George C. Thomas III, señala que: *«el Double Jeopardy es una barrera contra la doble incriminación, es una evidente protección y es inevitable para cualquier sistema legal, pues ningún sistema legal puede sobrevivir sin algún obstáculo en contra de volver a litigar el mismo problema una y otra vez»*, una vez que un tribunal llega a un resultado justo o lo más cercano a la realidad de los hechos, *(un dato importante es que buscan la realidad de los hechos, mas no la verdad de los hechos)*, de eso se trata el proceso, de determinar los hechos a través del derecho, no habría razón para pensar que otro tribunal llegara a un resultado “correcto” o “justo”; según George C. Thomas III si dos tribunales emiten veredictos diferentes en un mismo caso, cuál sería la razón para preferir uno de otro (simplemente no la hay), el autor señala que para el mundo

anglosajón el principio es una limitación para fiscales y jueces, y que la quinta enmienda encierra como *“la cláusula contiene dos protecciones, una contra dos condenas o juicios por el mismo delito y uno contra dos juicios por la misma operación criminal”* (traducción manual) Cfr. (C. THOMAS III, 1998)

George C. Thomas señala también que: *«el Estado con todos sus recursos, No se le debe permitir que el poder del Estado realice repetidos intentos de condenar a un individuo por un presunto delito, lo que lo somete a vergüenza, egresos económicos y ordalías medievales y empujándolo a convivir en un continuo estado anímico de ansiedad, incertidumbre e inseguridad, además de potenciar la posibilidad de que aunque sea inocente, puede ser declarado culpable. Hay dos daños identificados aquí. Un daño es el acoso general del Estado mencionado anteriormente; el otro daño es el riesgo específico de que un acusado inocente sea condenado»*.(C. THOMAS III, 1998)

Bajo su análisis señala que: *«Los delitos penales son simplemente mecánicas formas de categorizar y organizar juicios sobre delitos de culpabilidad. Una vez que la legislatura identifica una conducta particular que crea culpabilidad criminal, una pregunta es, si esa conducta puede dar lugar a cualquier otra culpabilidad penal legal. Si la legislatura pretendía una culpabilidad fusionada o singular de la conducta, sólo una se puede imponer una condena, independientemente de cuales estatutos podrían proscribir esa conducta.»*(C. THOMAS III, 1998)

¿Cuál es el desenlace cuando hay problemas de sentencias de un mismo hecho en éste sistema?; que soluciones plantean:

El mismo autor señala que: *«Cuando los jueces de primera instancia ingresan más de una condena, los acusados pueden plantear una cuestión de doble peligro en la apelación alegando que dos o más de estas condenas son por el mismo delito. Si el acusado se equivoca, ese es el final de la historia. Si el acusado tiene razón, los tribunales de apelación deben decidir qué condenas anular. Más de una condena por el mismo delito constituye una violación de doble incriminación sin tener en cuenta las penas impuestas o las múltiples condenas (o si se impuso alguna sentencia). El único posible remedio por una violación de la pena múltiple de doble incriminación en la doctrina es anular las condenas ofensivas.»* (Traducción manual) Cfr.(C. THOMAS III, 1998).

Pero nos dice el autor que en la práctica los tribunales adoptaron estrategias para evitar anular condenas (probablemente por el deseo de no tener que volver a juzgar a un acusado si posteriormente se anuló una condena). Los tribunales a veces dejaban condenas por delitos intactas y ordenó que se anularan todas menos una alternativamente.

Hugo Lafayette Black quien fue un letrado en su momento político, además de jurista estadounidense se desempeñó como Senador de los Estados Unidos por Alabama de 1927 a 1937 y como Juez Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1937 a 1971 señala que: *“Si es muy costoso para los acusados someterse a dos juicios, pero los costos de un segundo juicio son inaceptables solo cuando el primer ensayo ha producido un resultado que reconocemos como el fin del peligro por una sola ofensa”.*(C. THOMAS III, 1998)

«La disposición de doble incriminación de la Quinta Enmienda no significa que cada vez que un acusado sea sometido a juicio ante un tribunal competente, tenga derecho a quedar libre si el juicio no termina en un juicio final(...)Se puede

suspender un juicio cuando circunstancias particulares manifiestan la necesidad de hacerlo y cuando no suspenderlo frustraría los fines de la justicia (...)En este caso, el expediente fue suficiente para demostrar que la situación táctica provocada por un ejército en rápido avance resultó en el retiro de los cargos de la primera corte marcial y, en ausencia de cargos de mala fe por parte del Comandante. En general, los tribunales no deben intentar revisar su decisión sobre el terreno de que la situación táctica requería la transferencia del caso. (...) En un procedimiento de hábeas corpus, un tribunal de distrito federal ordenó la liberación del peticionario sobre la base de que su condena por consejo de guerra había violado la disposición de doble incriminación de la Quinta Enmienda. 72 F. Sup. 755. La Corte de Apelaciones revocó. 169 F.2d 973. Este Tribunal otorgó *certiorari*.» (Corte Suprema de los EE.UU caso: "Wade v. Hunter, 336 U.S. 684", 1949).

Sin embargo, existe una formulación de una regla técnica para tratar de resolver los casos llevados a la judicatura de las cortes norteamericanas, esta fue dada por el Juez George Sutherland en el caso « *Blockburger vs. Estados Unidos*», éste fallo consistió sobre una cuestión de muchos cargos en un mismo juicio, la que planteó que a fines del siglo XIX, en 1932, en un siglo donde los estupefacientes y narcóticos se vendían con pocas o casi nulas restricciones en el país norteamericano, siendo que el imputado habría realizado la venta del estupefaciente (morfina), por arreglo de 02 ocasiones distintas en fechas intermitentes, estos estupefacientes (morfina), siendo declarado culpable por incumplir una ley de la época (Ley Harrison), vale decir le dio más estupefacientes de lo establecido en una orden (se entiende como orden médica).

El ciudadano *Blockburger* al ser llevado a juicio por lo cargos imputados, debido al incumplimiento de la norma de la época, fue declarado culpable, y condenado a una pena privativa de libertad de 05 años incluida una multa;

apelando dicha decisión y llevando su caso hasta la Corte Suprema de ése país, invocando como anteriormente hemos desarrollado, la cláusula de la quinta enmienda de la Constitución de los EE.UU, basándose en una defensa que: *“la venta (estupefaciente) al ser en días separados eran o continuaban siendo el mismo hecho”*, y no podían imponérsele varios cargos por un mismo acto, en fechas distintas.

La Corte Suprema de los EE.UU, no estaba de acuerdo, manifestando que si había 02 cargos por vender en días diferentes, el Juez *Sutherland*, señaló que sucedió una venta en una fecha que se concluyó, y luego hubo otra venta en otra fecha distinta que también se concluyó, razonando de una forma que establecía que hubo 02 violaciones distintas: una por vender estupefaciente (morfina) y otra por vender sin una orden escrita (lo que hoy conocemos como receta médica).

Estableciendo una regla que es aplicada incluso hasta la fecha que consiste en: «cada uno de las disposiciones violadas, requiere de 01 elemento diferente; cuando en un mismo acto se violan 02 o más disposiciones diferentes vigentes, la prueba que deba aplicarse para poder determinar si existen 02 delitos o solamente 01, « La regla aplicable es que, cuando el mismo acto o transacción constituye una violación de dos disposiciones legales distintas, la prueba que debe aplicarse para determinar si hay dos delitos o solo uno es si cada disposición requiere la prueba de un hecho adicional que el otro exige. No».

Es decir, un acusado puede ser condenado por dos delitos derivados del mismo incidente criminal si cada delito contiene un elemento que no se encuentra en el otro.

En resumen, un acusado demuestra doble incriminación solo si puede mostrar más juicios o castigos (de vida o miembros «como lo dice la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU») de los que pretendía al menos como señala cada norma o disposición de cada legislatura penal. Puede hacerlo mostrando una exoneración anterior por el mismo delito conforme a la regla aplicable como se ha señalado en el caso *Blockburgervs EE.UU.*, o que una segunda prueba depende de la prueba en un juicio anterior, que no había ocurrido; alternativamente, ella puede crear una presunción de que dos condenas son para el mismo delito mostrando dos cargos basados en el mismo hecho de la misma descripción del tipo de acto culpable, causando un solo daño.

A menos que una ley exprese de manera clara y contundente lo contrario, se presume que la prohibición de acusaciones múltiples es válida. Aunque esta prohibición existe desde 1937, inicialmente se consideraba más un requisito técnico del proceso penal que un derecho fundamental. Sin embargo, su importancia ha crecido con el tiempo, y hoy en día se reconoce como una garantía esencial para los acusados

El profesor PÉREZ LUÑO señala que en el sistema anglosajón hay: « (...) *la realidad ha demostrado que la actuación de los jueces, se establece de tal forma de que el derecho no es lógica sino experiencia y es el entendimiento de esa experiencia como practica de los tribunales (...)*»(PÉREZ LUÑO, 2007).

4.2 SISTEMA DEL CIVIL LAW Y EL “NE BIS IN ÍDEM O NON BIS IN ÍDEM”.

El *civil law* en Europa, después de la caída del Imperio romano, tuvo una gran y amplia influencia del derecho canónico y germánico, «*siendo esencial para el proceso de configuración del derecho contemporáneo*»(RAMOS NUÑEZ, 2018)a diferencia de las costumbres comunes del “COMMON LAW”, en sus inicios y

hasta la actualidad nuestro sistema se basa en códigos legales escritos recalcando nuevamente la peculiaridad de que todo está sujeto imperiosamente a la escrituralidad, donde los juristas adaptan en forma escrita los principios del derecho o *regula iuris* como los romanos lo denominaban en el *Corpus iuris civilis* a todas las necesidades que en aquellas épocas y hasta ahora resuelven los conflictos sociales relacionados con la conducta humana.

Todo esto gracias a las técnicas de recopilar y sistematizar fuentes jurídicas y religiosas del sistema que regía a la iglesia en su gobierno vale decir del derecho canónico, que tanta influencia tuvo en la época medieval en la política, en la educación y en el comercio, la cual tuvo mayor auge durante la edad media y tomado como base común del pensamiento jurídico, siendo una herramienta y parte integrante del desarrollo jurídico europeo.

Regresando al tema que nos trae la presente investigación y viendo que los modelos inquisitivos y las ordalías del derecho canónico, sustentado en la superioridad de la existencia de un ser supremo (Dios), fue poco a poco desplazado por los pensamientos ilustrados del siglo XVIII y XIX, mediante aquellos pensamientos, ha ido evolucionando el derecho a una forma más razonada y basada en el respeto humano, producto de ello y cerrando así una época del medioevo hacia una moderna, se logró advertir, la emanación de la voluntad popular, que trajo como consecuencia la revolución francesa en el año de 1791.

El producto final de aquella revolución, fue la redacción en Francia, de su primera constitución escrita en **su historia**, agregando en el mismo un capítulo (capítulo V) el referido al Poder Judicial, artículo 9° que dice: “**Todo hombre**

absuelto por un jurado legal no podrá ser detenido ni acusado de nuevo por razón del mismo hecho.”(Letra negrita y subrayada es propio).

Se puede decir que resulta hasta contemporánea y paralela con el *DOUBLE JEOPARDY* de la 5ta enmienda, tema tratado anteriormente, pues la Constitución de EE.UU también es de 1791(fecha en la que se añadieron las 10 enmiendas a la misma siendo ratificada la constitución).

Entonces podemos observar que desde los vestigios romanos hasta la consolidación de los sistemas jurídicos se ha previsto conservar dicho principio de prohibición, cuyo respeto se debe imponer incluso a toda autoridad jurídica, política e incluso administrativa, y que ha venido desarrollándose de una forma y estilo particular desde aparición e invocación en la edad media hasta lo definido y argumentado por las instituciones encargadas de darle una significación para su aplicación, escapando su real contenido y esencia, pues solo se ha estructurado leves parámetros de eficacia y comprensión tal como se verá en los siguientes capítulos, y su interpretación según cada modelo jurídico de cada país que ha adoptado el *civil law* como sistema jurídico interno.

5. EL *NE BIS IN ÍDEM* EN LA CIDH, TEDH, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Y OTROS

Los Organismos Internacionales en paralelo con las legislaciones o iniciativa de los países, se ven obligados a desarrollar mecanismos e instrumentos que permitan fortalecer esas mismas iniciativas y el principio *ne bis in ídem* no es la

excepción, como una forma de ayudarse mutuamente entre los países miembros y otros bloques de países interesados en la elaboración o concordancia de mecanismos de ejecución para determinar ciertas normas o principios, advirtiendo siempre una labor de coordinación, a través de reuniones, congresos, foros o incluso eventos internacionales que disipen esas dudas y consultas en el intercambio de información, hasta la creación de una fórmula ideal en las resoluciones de los mismos, y que estos sean traducidos en casos judiciales que resuelvan los conflictos sociales y jurídicos.

Todas estas organizaciones e instituciones del sistema jurídico, cuyos orígenes son en algunos casos, más antiguas que otras, tienen una importancia mundial dentro del sistema jurídico en el cual se desenvuelve y universal en el mundo del Derecho como paradigma jurídico y doctrina autorizada, siendo incluso que las normas elaboradas por los países miembros, son en base a los marcos establecidos por estos organismos internacionales, bajo una necesidad de unificación de parámetros, siendo de manera imperiosa un discernimiento de forma razonada y ostensible, también para todos sus países miembros, sin ambigüedades ni secretismos, clara y entendible para cualquier ciudadano común, de esa forma éste puede comprender las relaciones jurídicas y los problemas que derivan de ellos, cuando una conducta es contrario a las normas o reglas, y así lograr armonizar las actividades interpretativas; estos pronunciamientos de éstas instituciones internacionales, juegan un papel muy importante, un rol tan importante que logra ayudar a solucionar los conflictos que suceden, tanto de derecho público como de derecho privado entre sus integrantes.

Todas estas organizaciones tienen como una finalidad en común, que cada una de ellas con sus Estados miembros, buscan coincidir, en el objetivo de elaborar instrumentos y mecanismos de colaboración mutua, que ayuden en las

labores e implicancias que se suscitan dentro de los procesos, tanto para los justiciables como para sus operadores e incluso sociales de cada país o Estado miembro, todo a través de debates arduos y muy profundos que buscan como metas ya fijadas, que dichas medidas adoptadas tengan que coincidir con las realidades propias de cada país miembro, trabajo arduo y difícil pero no imposible, es decir solucionar o establecer parámetros sirven mucho dentro de ése espacio geográfico, de un País o región.

A fin de brindar soluciones universales y con óptimos resultados, queriendo alcanzar, esa tan anhelada seguridad jurídica que como señalan algunos autores precede a la justicia; justicia para los integrantes de cada Estado o país miembro, quienes son en realidad los verdaderos y legítimos destinatarios de los pronunciamientos y regulaciones de cada una de estas organizaciones internacionales.

El principio al cual estamos abocados en el presente trabajo de investigación lo podemos observar en distintos estatutos, por distintos organismos internacionales, cada uno con perspectivas semejantes, pero que siempre y permanentemente, tienen dentro de ellos, una finalidad primordial como anteriormente se ha señalado, buscar que cada país miembro logré concordar y desarrollar sus interpretaciones y unificar sus criterios, y éstas concluyan de tal forma que logren converger hacia una seguridad jurídica para las mismas dentro del propio modelo jurídico adoptado.

5.1 LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, EN EL ARTÍCULO 4 DEL PROTOCOLO ADICIONAL N° 7 SE SEÑALA QUE:

“Se establece garantías de procedimiento en el caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, establece el derecho a indemnización en caso de error judicial, establece el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito e instituye la igualdad entre cónyuges”

5.2 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS establece:

“Dentro del elenco de las garantías penales Artículo 14 inciso 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

5.3 EL ACUERDO DE SCHENGEN

Dentro de la Unión europea circula un concepto o entendimiento de libre circulación entre todos estos países lo cual significaría o asemejaría una extinción fronteriza entre sus miembros de carácter inmigratorio común para ellos, el cual diversos autores señalan que es muy antiguo específicamente data de la Edad Media pero que recién fue plasmado o establecido en el artículo 45° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En los tiempos modernos, sobre todo en la Segunda Guerra Mundial, no tuvo una acogida solemne muy aceptada, el motivo es muy sabido; con el surgimiento del nazismo y fascismo, sin embargo, todas las acciones se determinaron y precisaron para que se cumpla esa finalidad; sobre todo en esta materia sobre la libre circulación europea para una unión común y gobernabilidad de los

Estados miembros que la conforman, llevándose tratando de consolidarse en los ochentas, cuando Europa se encontraba en ambigüedades políticas, económicas y sociales, dentro de un largo debate entre grupos de países opuestos o contrarios de ideologías o tendencias políticas distintas que no iban de acuerdo a los postulados que propugnaban; había entonces los países que apoyaban la singular idea de una Europa como continente libre y sin controles de frontera entre todos los países europeos, y del otro bloque que estaba absolutamente en contra de esa corriente.

Para tal fin se crean leyes de extradición pasiva, que prevén que no habrá una extradición, cuando la persona que sea reclamada haya sido juzgada por los mismos hechos de los cuales se fundamenta su extradición; pero lo más importante del **ACUERDO SCHENGEN** para la presente investigación, la encontramos en el CAPÍTULO III del acuerdo o conocido con las siglas de CAAS, sobre la aplicación del principio "*non bis in ídem*" en el Artículo 54° del mismo que señala en concreto que si una persona ha sido condenada por un delito en un país miembro, ningún otro país miembro puede juzgarla nuevamente por los mismos hechos. Esta protección se aplica siempre que la pena impuesta haya sido cumplida, esté siendo cumplida o haya prescrito de acuerdo con las leyes del país donde se dictó la sentencia

En el Artículo 55° dice: "*1. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54° en uno o varios supuestos*".

supuestos que están relacionados con hechos juzgados en sentencias extranjeras, que hayan tenido lugar en ese territorio, también señala que contra hechos que atentan contra la seguridad jurídica de un estado, u otros intereses, incluye los hechos cometidos por funcionarios públicos, todas estas menciones,

pueden ser declaradas de forma relativa o excepcional, pero no serán aplicables, conforme lo señala en el artículo 56° si se realizase nuevas investigaciones contra un sujeto que ya ha sido juzgado con sentencia firme, y que hubiera cumplido un determinado periodo de tiempo de una sanción en cualquiera de los territorios, de los miembros, teniendo en cuenta además, las sanciones que no sean de privación de libertad, que ya hayan sido aplicadas, o en todo caso deberán deducirse los periodos que se han aplicado, en la medida que lo permita las legislaciones de los miembros que forman parte del acuerdo.

En necesario plasmar tal como lo señala el presente artículo e identificar la técnica legislativa del Artículo 57° destaca que, si una persona es acusada de un delito en un país y las autoridades de ese país sospechan que ya fue juzgada por los mismos hechos en otro país que también forma parte de este acuerdo internacional, las primeras autoridades deberán solicitar información al segundo país para confirmar o descartar esta posibilidad

Lo más importante y novedoso del presente acuerdo radica particularmente en los artículos 54° y 55°, *¿porque?* importa mucho estos artículos, porque se puede entender, que habría 02 formas de aplicar al parecer la bifurcación del principio, al cual está siendo objeto de estudio e investigación en el presente trabajo; lo que conlleva a pensar que para resolver los casos se establecen ciertos criterios, según sea el caso, y que estos casos llevados en cada uno de los países miembros, y que forman parte de la legislación europea conforme al acuerdo, y conforme a las actas de los países que se han adherido, adscrito y unido al mismo, aceptando como consecuencia todo el acervo legislativo, se puede deducir el análisis siguiente:

El artículo 54° haciendo una lectura interpretativa se puede entender que se estaría regulando «el extremo de la vertiente procesal del *ne bis in ídem*», y esto se puede observar al señalar y entender que: «*una personano podrá ser perseguida por los mismos hechos*» le adiciona a la frase: «*siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutandoo no pueda ejecutarse*» (Letra negrita y subrayado es propio), nótese la gran diferencia que no indica ni hace mención alguna de vulneración o referencia al bien jurídico protegido, identidad de fundamento o interés jurídicamente protegido como en algunos países latinoamericanos se suele identificar, a fin de deducir el principio materia de estudio e investigación; y es justamente una de las fórmulas de aplicación del principio conforme a los casos llevados a la misma y si estos calzan dentro la forma del artículo desarrollado.

Sin embargo; en el artículo 55° del mismo acuerdo, señala: “*inciso 1, numeral b) dice: cuando **los hechos** contemplados en la sentencia extranjera constituyan **una infracción** contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante*”(Letra negrita y subrayada es propio).

Podemos observar que a diferencia de la anterior formula o forma expuesta, presuntamente para casos o patrones distintos en casos o situaciones que se presenten, en un pretendido supuesto distinto, el mencionado artículo, invocado ahora, sí señala que debe haber una infracción contra los intereses jurídicamente protegidos, entiéndase en su versión extensiva o teleológica como bienes jurídicos protegidos; que los hechos materia u objeto de persecución deben necesariamente dañar, lesionar o violentar un bien jurídicamente protegido, un interés jurídico protegido y elevado a rango de ley, sin excepciones; radicando ahí, la prescripción de otra fórmula para ser aplicable según sea el caso, no dejándose ningún vacío, al libre albedrio de interpretación por los operadores de justicia dentro de los Estados miembros frente a las situaciones

propias de su legislación y que estas sobrerreacciones punitivas del Estado miembros, frente a los sujetos e individuos y sus presuntos hechos delictivos atribuidos a ellos en una misma realidad o contexto de modo, tiempo y lugar puedan resolverse conforme a lo desarrollado en la *ratio legis* de la norma establecida por el organismo internacional común a ellas.

5.4 ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RWANDA

En su artículo 9°, se puede establecer que, Nadie podrá ser juzgado dos veces por los mismos crímenes de guerra ante un tribunal nacional y ante el Tribunal Internacional para Rwanda. Sin embargo, si una persona ya ha sido juzgada por un tribunal nacional por estos crímenes, el Tribunal Internacional para Rwanda aún podrá juzgarla, luego ofrece una serie de supuestos, que por el acto por el que se le sometió, a juicio, si se trata de un delito ordinario, y si la segunda instancia tuvo por objeto proteger al imputado, de otra responsabilidad, o si se logra identificar un mal trámite sin la diligencia que corresponda, según este estatuto, el Tribunal, podría ser juzgado, e incluso investigado.

5.5 ESTATUTO DEL TRIBUNAL PARA LA EX YUGOSLAVIA

En su artículo 101° señala: “1. *Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario con arreglo al presente Estatuto, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por el Tribunal Internacional.* 2. *Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario podrá ser juzgada posteriormente por el*

Tribunal solamente si: a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

5.6 ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En su artículo 20° señala: en sentido concreto que, ninguna persona será juzgada dos veces por la Corte Penal Internacional por los mismos crímenes. Asimismo, si la Corte ya ha juzgado a alguien por un crimen, ningún otro tribunal podrá juzgar a esa misma persona por el mismo delito. Sin embargo, la Corte podrá juzgar a una persona que haya sido juzgada previamente por otro tribunal si ese juicio anterior tenía como objetivo evitar que la persona respondiera por los crímenes ante la Corte o si no se llevó a cabo de manera justa e imparcial. Y La Corte Penal Internacional y los tribunales nacionales tienen jurisdicción para juzgar ciertos crímenes. Sin embargo, para evitar la doble persecución, nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Excepcionalmente, la Corte puede juzgar a una persona que ya ha sido juzgada por un tribunal nacional si se cumplen ciertas condiciones.

5.7 EL INFORME 01/95 CIDH ALAN GARCÍAPÉREZ de 11 de MARZO de 1999

Es un caso bastante interesante y de muy importante trascendencia por el desarrollo contenido en ella, relacionado al principio de la presente investigación, motivo por el cual se ha querido mencionar en éste capítulo, pues responde a las

interpretaciones que le da un organismo internacional como la CIDH, en un caso peruano y la trascendencia del principio *ni bis in ídem*; así como su aplicación frente a problemas que requieren invocación e intervención de estos organismos internacionales, a fin de establecer mecanismos propios de subsunción y métodos técnico jurídicos de alcance para lograr el significado de los mismos, siendo que el caso, de cualquier persona que se siente agraviada; así como del ciudadano Alan Ludwig GARCÍA PÉREZ, quien señala que ya había sido absuelto por un delito que había sido ya investigado (Enriquecimiento Ilícito), y luego de ser absuelto en el proceso seguido en su contra; 06 meses después de que la Corte Suprema, archive de manera definitiva la investigación seguida en su contra y siendo perjudicado soportando nuevamente otra investigación, por parte del Estado otra vez, nuevamente; y a través de su procurador una vez más, vuelven a recurrir mediante una nulidad; el caso que ya se había declarado que no se aperture investigación en su contra.

En ese mismo año (1999); sin embargo, la presidencia del Consejo de Ministros autoriza nuevamente el procurador formalice una nueva denuncia contra el entonces Ex presidente del Perú, Alan Ludwig GARCÍA PÉREZ, nuevamente por el mismo delito, fundando su pretensión en los mismos hechos; que ya había sido declarados archivado; y que agregado a ello, habían sido declarados firmes en su momento, vale decir gozaban de cosa juzgada, dándose en el presente caso, que la COMISIÓN concluye que la decisión final del Fiscal, que desistió de los hechos denunciados por no ser constitutivos de delito, y al quedar firme éste, pone fin a la pretensión punitiva de Estado, entiéndase así, con los hechos materia de investigación y que la iniciación de otra denuncia bajo los mismos hechos, vulneran el principio a la prohibición de la persecución múltiple, plasmado en el artículo 8°, inciso 4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, agrega también:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el Estado peruano violó el derecho al debido proceso de una persona al no seguir los procedimientos establecidos en la Constitución para juzgar a ciertos funcionarios. El Estado peruano argumentó que no pudo cumplir con estos procedimientos debido a una decisión del Senado, pero la Comisión rechazó este argumento, ya que el Senado había reconocido que sí podía llevar a cabo el proceso. Dado que la Constitución exige un proceso específico para juzgar a estas personas y que este requisito es fundamental para garantizar un juicio justo, la Comisión concluyó que se violó el derecho al debido proceso. Cfr. INFORME 01/95 CIDH Alan GARCIA de 1999.

5.8 CASO LORI BERENSON Y LA SUPUESTA VULNERACIÓN AL NE BIS IN ÍDEM

En este caso, una ciudadana estadounidense alegó que su derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo delito, garantizado por la Convención Americana, estaba siendo violado. Además, argumentó que la justicia penal militar no es competente para juzgar a civiles, ya que esto contradice el derecho a un juicio justo y a ser juzgada por un tribunal imparcial, como lo establecen tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La ciudadana se basó en casos anteriores, como los de Castillo Petruzzi, Cesti Hurtado y Durand Ugarte, donde la Corte ya había determinado que la justicia militar no puede juzgar a civiles.

En el caso Lori Berenson, los actos realizados por la jurisdicción de la justicia militar policial privativa en contra de la misma, si bien es cierto no resultan compatible ni siquiera con el delito de traición a la patria, es importante establecer el sendero correcto y claro para descubrir cualquier caso relacionado con cualquier violación al principio del juez determinado por ley, el cual no es más que el que está determinado por ley, señala la convención; que es suficiente para

observar que todas las diligencias hechas por la autoridades del fuero privativo militar policial, contra esta recurrente, y conforme a lo establecido por la jurisprudencia de caso anteriores, no configuraría un real y verdadero proceso que valla en concordancia con el artículo 8° inciso 4 de la Convención.

La defensa de Lori Berenson estableció su estrategia jurídica, y en éste caso alego señalar, que al interponer una demanda de revisión de sentencia, de diciembre 1999, ante el Consejo Supremo de justicia Militar, y éste a su vez remitir los autos al Tribunal Supremo Militar Policial (hoy Fuero Militar Policial), terminaría dictando sentencia en agosto de 2020, en la cual declinó competencia y se inhibió a favor del fuero ordinario o jurisdicción ordinaria, señalando que existen hechos que configuran más con el delito de terrorismo, que el delito de traición a la patria, sin pronunciarse sobre el fondo, entonces al no haber pronunciamiento sobre el fondo, no existe un supuesto para poder aplicar el principio invocado como es el *ne bis in ídem*, por lo cual la Corte consideró que el Estado peruano no vulneró el artículo 8° inciso 04 de la Convención, por lo cual la condena impuesta en el fuero ordinario, no constituirá ninguna vulneración a derecho alguno invocado por la agraviada, ni amplia ni lata, sobre ella, denegando cualquier libertad y no procediendo a ordenar la misma.

Por lo que deduciendo los criterios y argumentos esbozados por la corte en el contexto de los hechos señalados por la ciudadana de origen estadounidense, la corte solo aplico un esquema de análisis de rigor lógico-deductivo como método de interpretación, con fines de mejor resolver y sin mediaciones ajenas al principio en estudio del caso llevado a esa corte, concluyendo que en el señalado hecho presentado, nunca se dispuso una absolución sino que la jurisdicción penal militar se limitó a inhibirse a fin de declarar su incompetencia sin pronunciarse nunca sobre el fondo del asunto.

5.9 TRIBUNAL EUROPEO DE DD.HH

Europa no es ajena en cuanto a la aplicación del principio en estudio, a lo largo de los años, ha tenido sus propios casos más relevantes tales como:

El asunto de BOMAN contra FINLANDIA de 17 de febrero de 2015; en ese caso el Tribunal Europeo trato el tema referente a una condena por conducir un vehículo sin licencia, mediante el cual se le impuso a la persona la imposición de una multa y la prohibición de volver a conducir; resulta que hubo además la segunda imposición por parte del personal policial de prohibición volver a conducir a la misma persona por los mismos hechos; el Tribunal desestimó la demanda por el ciudadano BOMAN por la presunta vulneración del principio *ne bis in ídem*, estableciendo 03 criterios, los mismos que usó en un caso de 1976 llamado criterios de Engel, del caso Engel vs. Países Bajos.

En qué consistían estos criterios, el PRIMER CRITERIO consistía en la calificación jurídica del delito en la legislación nacional, el SEGUNDO CRITERIO es la propia naturaleza del delito y el TERCER CRITERIO es el grado de rigor de la pena que el interesado puede sufrir; siendo los criterios 2 y 3 considerados de manera alternativa y no indubitavelmente acumulativo; y esto se puede dar siempre en cuando después de un análisis de forma separada de cada uno de los criterios no pueda ser posible alcanzar o llegar a una conclusión sobre un requerimiento en materia penal y esto a la luz del “PROTOCOLO NÚMERO 7 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES”, para ser más preciso en su artículo 4°.

Para el Tribunal suspender la licencia de conducir, a consecuencia de un proceso judicial por 18 meses, era considerado revelador, independientemente de su condena penal, que también se podría ver como una sanción de índole penal dicha imposición; pero valga la redundancia, la imposición dictada por la institución policial, también de prohibición de conducir por un periodo de tiempo de 02 meses, es una decisión tomada como parte de un procedimiento administrativo, vale decir mucho después de la decisión en vía penal, y que ésta decisión en vía penal haya adquirido firmeza, respecto de los hechos que se resolvieron, entonces el Tribunal Europeo, tomó la decisión de considerar esta sanción administrativa impuesta por la institución policial como penal a efectos del artículo 4° del "PROTOCOLO NÚMERO 7 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES", esto es por considerar que había varias o ciertas aproximaciones existentes en el caso, que visto de varios enfoques, podrían concluir a una inseguridad jurídica, la misma que sería incompatible, con el derecho invocado a través del principio *ne bis in idem* de ser procesado 02 veces por lo mismo.

El tribunal argumenta que la existencia de diferentes interpretaciones sobre un mismo hecho delictivo puede generar una significativa inseguridad jurídica. Afirma que, si se procesa a una persona por el mismo hecho bajo diferentes calificaciones jurídicas, se corre el riesgo de vulnerar el principio consagrado en el artículo 4° del "PROTOCOLO NÚMERO 7 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES". Este artículo prohíbe una segunda acusación por un delito que tenga su origen en el mismo hecho (mismo acto), vinculado en tiempo y espacio.

Volviendo al caso si la imposición de una sanción penal que ya quedó firme; no puede resultar acorde la imposición de una segunda sanción por la

institución policial, de prohibición de volver conducir, esto es, no es acorde al artículo 4° “PROTOCOLO NÚMERO 7 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES”; porque ya quedó firme a través de una sentencia penal, vale decir una decisión firme adquiere la fuerza de una *res iudicata* (ya es cosa juzgada), siendo éste el enfoque más arraigado y aceptado por el Tribunal.

El Tribunal le agrega además que el artículo 4° del “PROTOCOLO NÚMERO 7 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES”, contiene 03 garantías diferentes la cual es: *“Nadie será: responsable de ser juzgado; juzgado o; castigado por el mismo delito”*.

El caso NIKITIN vs RUSIA estableció criterios importantes sobre los límites de la información clasificada y la libertad de expresión. En este caso, Alexander Nikitin, un ex capitán de submarino soviético, fue juzgado en un tribunal secreto del Servicio Federal de Seguridad (FSB) tras publicar un informe sobre el papel de los submarinos militares rusos en la producción de desechos nucleares. A pesar de ser acusado de traición y espionaje, Nikitin fue absuelto. En el presente caso, el tribunal consideró que la medida de seguridad impuesta por la policía a un individuo, aunque sea una sanción administrativa, puede considerarse equivalente a una sanción penal. Esto se debe a que dicha medida puede tener un impacto significativo en los derechos y libertades del individuo, similar al de una pena impuesta por un tribunal penal.

Al ser una sanción impuesta por autoridades de instituciones distintas, hay una unidad entre estas mismas, porque se pertenecen en el fondo y en el tiempo; pero en el presenta caso, finalmente determina que no hay vulneración del *ne bis*

in ídem al señalar que, la sanción que le impuso la policía se basó en la aplicada por la sentencia en el procesamiento penal que quedo firme, no conteniendo un examen separado de la infracción o de la conducta, en conclusión no hubo según el Tribunal vulneración del artículo 4° del “PROTOCOLO NÚMERO 7 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES”

5.10 EL LIBRO VERDE: sobre los conflictos de jurisdicción en el principio *ne bis in ídem*. (EUROPEO)

Éste libro fue lanzado por la misma comisión Europea, con la finalidad de poder debatir, los conflictos y las discrepancias entre los Tribunales Europeos, sobre todo en el área penal, que es donde opera el principio *ne bis in ídem*, abordando todas las implicancias y así poder manejar con habilidad, el desarrollo del principio, el mismo que ha sido aplicado desde tiempos de la antigüedad clásica donde inició su recorrido, para lograr una transformación adecuada a su esencia, pero evidentemente valida y verdadera; poniendo en marcha las distintas observaciones que ha tenido desde los distintos Tribunales Europeos, para solucionar los conflictos dentro de su jurisdicción y competencia, y lo interesante es que ofrece unos mecanismos que consiste en 03 etapas:

«Primero.-Identificación e información de las «partes interesadas»; consistente en que cada Estado antes de iniciar o iniciado ya el proceso penal, que muestre evidencia de vínculos con otro Estado miembro, tiene éste estado el deber de informar a la autoridad competente, de que ningún Estado miembro ofrezca o no presente razones de interés de forma manifiesta con el sujeto objeto

de imputación, si no existe estas, el Estado continuará con el procedimiento penal o iniciará el proceso penal según sea el caso;

Segundo. - Consulta y debate; en este aspecto varios Estados manifiestan el interés con proceder a enjuiciar, por un mismo asunto al mismo sujeto, debiendo solicitar los mecanismos correspondientes de la contienda que les asiste la misma Unión Europea.

Tercero. - La Solución de controversias; en esta aspecto La denominada *Eurojust* o cualquier otro organismo creado por como moderador para solucionar los desacuerdos entre los países miembros con criterios que logren el mismo, determinará una respuesta o resolverá de forma vinculante sobre qué Estado miembro es el que procederá con los procesos penales en contra del sujeto implicado en hechos considerados delictivos con trascendencia judicial.»

Éste mecanismo de solución de común acuerdo, para los casos que se presenten, fue creado con la finalidad de poder intercambiar información entre interautoridades de cada uno de los Estados miembros, sobre los proceso o procedimientos que tiene o tendría cada Estado con el sujeto; reconociendo un espacio, que sea a fin a los derechos de libertad, seguridad y justicia así como a los principios de legalidad de cada Estado miembro, se puede observar que es un mecanismo de interconsulta, y ésta se da sobre todo con las autoridades judiciales, sin afectar los derechos de quienes, resulten como víctimas o testigos, y de esa manera lograr establecer una competencia del Estado miembro para juzgar un determinado suceso.

Agregado a ello señala que también debe tener en cuenta otros criterios para determinar la competencia de determinado Estado para juzgar un

determinado hecho, materia de *ne bis in ídem*; estos criterios son, la territorialidad, intereses de la víctima, eficiencia del procedimiento y otros más que se considere pertinentes, a fin de lograr una adecuada competencia.

5.10.1 EL DEBATE SOBRE EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM en el LIBRO VERDE.

Éste debate, toma como base legal tanto el Convenio como la aplicación del Acuerdo de Schengen señalado anteriormente ya que es vinculante entre todos los Estados miembros, mediante el denominado “LIBRO VERDE”, se advierte que hay controversias que aclarar, y ciertos elementos y definiciones que precisar a fin de realizar decisiones acordes de producir efectos en el principio *ne bis in ídem* y cómo debería entenderse el tema de: “los mismos hechos”; estableciendo herramientas que permitan ir más allá, de una sanción impuesta y ejecutada; pues derogar un principio tan civilizado, no resultaría acorde en estos tiempos, por lo cual se estaría atentando con un derecho fundamental de la persona humana; el principio en sí, plantea muchas cuestiones no solo en el sistema del COMMON LAW sino también en el CIVIL LAW, vale decir los sistemas jurídicos de varios Estados, tienen una diversidad de formas de interpretarlo, demostrando así la importancia de establecer una unificación de interpretación a fin de respetar y proteger el derecho fundamental establecido en el principio *ne bis in ídem*.

6. EVOLUCIÓN DEL *NE BIS IN ÍDEM* EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE PERUANA.

Durante el proceso de elaboración de la Constitución Política del Perú en 1993, el congresista Enrique Chirinos Soto propuso incorporar un principio específico sobre el *ne bis in ídem* al artículo 139° de la nueva carta magna. Este principio, que se ubicaría en el inciso 2, buscaba garantizar la independencia del Poder Judicial y evitar que otras autoridades interfirieran en sus funciones o modificaran sus decisiones.

En concreto, la propuesta de Chirinos Soto establecía que ninguna autoridad podía:

- Avocarse a causas pendientes ante el Poder Judicial.
- Interferir en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.
- Dejar sin efecto resoluciones con autoridad de cosa juzgada.
- Cortar procedimientos en trámite.
- Modificar sentencias.
- Retardar la ejecución de sentencias.

Además, la propuesta enfatizaba que la investigación parlamentaria no podía duplicar una investigación judicial previa.

Esta propuesta del congresista Chirinos Soto reflejó la importancia de proteger el principio del *ne bis in ídem* en el marco de la nueva Constitución peruana. Dicho principio busca garantizar que una persona no sea juzgada dos veces por el mismo hecho, protegiendo así sus derechos fundamentales y evitando la arbitrariedad en la administración de justicia.

Lineas que fueron encontradas en las actas de memorias, del congreso, en un proyecto que fue en su momento, un sustitutorio, interino, y que no fue considerado dentro de la que es hoy, nuestra actual carta magna, pudiendo haber sido la base constitucional del principio *ne bis in ídem* en el Perú, y que en su

momento, dejando mudo dicho respaldo al no recibir la aprobación de la mayoría de congresistas de esa época, ¿Por qué?, tal vez hubieron muchas más razones políticas que jurídicas al respecto, quedando relegada, y forzadamente como parte intrínseca del principio de cosa juzgada. Cfr. (CONGRESO DE LA REPUBLICA, 1993)

6.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y NORMATIVOS DEL NE BIS IN ÍDEM EN EL PERÚ.

El *ne bis in ídem*, en nuestro ordenamiento constitucional peruano, éste principio no está claramente definido, solo existe una interpretación a modo de reconocimiento, inmerso en el artículo 139°, de la actual Constitución política del Perú, en el inciso 13) sobre “la prohibición de revivir procesos fenecidos”, interpretación que fue desarrollada por el órgano supremo constitucional, del Perú, en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC; quien da los únicos lineamientos, para una probable aplicación, en ese sentido del principio, el cual los operadores de justicia, deberían seguir los derroteros, ahí establecidos.

En el mismo sentido de forma normativa, el código penal peruano, en su título preliminar artículo III, establece que: *“nadie puede ser sancionado ni procesado más de una vez por lo mismo, siempre que se trate de un del mismo sujeto y fundamento. Rigiendo para las sanciones penales y administrativas”*, de igual forma lo trata la ley que regula los procedimientos administrativos, en la Ley N° 27444, en el inc. 10) del artículo 230°, que a la letra dice: *“no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho, en los casos donde se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”*

6.2 SITUACION ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL NE BIS IN ÍDEM EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El intérprete constitucional del Perú, ha señalado a través de una sentencia en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, señalando los lineamientos, para una interpretación del principio *ne bis in ídem*, tratando de desarrollar y explorar sus dos vertientes; otorgándole un reconocimiento, de la siguiente forma:

Respecto de la **vertiente material** del principio; es sabido ya que nadie puede ser juzgado dos veces por lo mismo, y sobre todo por un mismo hecho, señalando que ello imposibilita que pueda una persona, ser sancionado dos veces, por una misma infracción; y poder iniciar una sanción de esa forma, constituye ya, un exceso del *IUS PUNIENDI* del Estado, lo que estaría contradiciendo la garantías que rigen las actuaciones de un Estado de derecho, siendo que esta garantía del *ne bis in ídem*, impide ello, impide una doble sanción, pero expresa, que eso sucede, cuando haya una identidad de persona, hecho-objeto y fundamento o causa de persecución, a su vez señala esta sentencia, que dicho principio tiene una conexión con otros principios como el de legalidad y proporcionalidad de la medida a imponerse, y que están establecidas en el artículo 2° inciso 24, ordinal d) de nuestra carta magna; asimismo el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0002-2001-AI/TC, en el fundamento 06, señala que es una necesidad que los ciudadanos posean un conocimiento anticipado de las reacciones punitivas del Estado, ante la comisión de un hecho que devendría en punitivo y antijurídico, contrario a las disposiciones establecidas por el Estado, señalando como una garantía dicha definición, útil, ante una desproporcionada punición, de conductas pasibles de una sanción, y señala además que la identidad de fundamento, es el eslabón que define el principio *ne bis in ídem*, cuando se fundamenta en un mismo contenido del injusto, o lesión del mismo bien o interés protegido.

Sobre la vertiente procesal, siguiendo las líneas de la sentencia en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, en su considerando 19, establece que el extremo procesal del *ne bis in ídem*, señala que “*nadie puede ser juzgado por los mismo hechos*”, lo que quiere decir que un hecho no podría ser pasible de la

litispendencia de dos procesos, y todo con mismo objeto, el cual es sancionar al infractor, y hace referencia de forma expresa, al procedimiento administrativo y penal, reconociendo la posible existencia de procesos con dualidad, paralela, vinculados tanto a un órgano administrativo como al de orden penal, agregándole que lo administrativo esta intrínsecamente, sujeto a lo que en un proceso penal este probado, o dictaminado.

En éste aspecto el Tribunal Constitucional Peruano invoca una sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 47/1981) (Cfr.) el mismo que señala que la aplicación de sanciones tanto a nivel administrativo como a nivel penal de un mismo hecho, puede conducir a la dualidad de sanciones y procedimientos, que puede conducir igualmente a una dualidad de pronunciamientos, y en cada uno de ellos un efecto jurídico de distinta valoración, frente a la apreciación por parte de éstos, sobre los mismo hechos, y que pueda concurrir que para los distintos pronunciamientos, haya existido el hecho y para otro no, simplemente por aplicación de normativa distinta, con distinto tipo de procesamiento para llegar a la aproximación de la realidad de los hechos puestos a su disposición y que requiere de una valoración a fin de establecer si resulta ser una conducta antijurídica o no.

A través de la STC establecida en el Exp. N° 00361-2010-PA/TC de 13 de setiembre del 2010, considerando 5, expresa un caso donde hubo una litispendencia, entre actuaciones del fuero militar policial, en la imposición de una sanción, que afectó notablemente el principio *ne bis in ídem*, el cual se pudo identificar los mismo hechos, y sujetos, pero establece que no se ha logrado identificar un mismo fundamento, razones por la cual no se pudo amparar el pedido del recurrente por infracción de dicha garantía constitucional, pues no se logró identificar dos sanciones penales o administrativas, o administrativa y penal, lo cual concluyó desestimando la pretensión del recurrente.

Ahora en la STC, del Exp. N° 729-2003-HC/TC de 14 de abril de 2003, considerando 5, fue otra sentencia que desestimo la pretensión del recurrente, en el sentido que tampoco se configuró una afectación al principio del *ne bis in ídem*, bajo el contexto que en el proceso penal traído a evaluación, por la reapertura del proceso penal, sustentado en un nuevo fundamento por otro ilícito distinto, por el cual ya se emitió sentencia, no viola el principio del *ne bis in ídem*, estableciendo además que tampoco se viola el principio cuando, un nuevo proceso obedece, a la declaración de nulidad, de una sentencia emitida en un primer momento, y dictada con la finalidad de haber identificado un vicio procesal, y cuya finalidad, fue la de subsanar una vulneración a una norma procesal, que también tiene relevancia constitucional, y que su inobservancia vio afectada la esencia misma del proceso, por lo que establecer un nuevo proceso, por los mismo hechos, si garantiza la relevancia del mismo, pues solo obedece a una declaración de nulidad de una norma procesal, que no viola en ningún sentido, el derecho de los justiciables a ser juzgado dos veces por un mismo hecho, pues resulta de su interpretación, que de la identificación del vicio, las actuaciones posteriores, no tienen existencia propia.

En la STC, en el Exp. N° 2868-2004-AA/TC del 24 de noviembre de 2004, citando al ICCPR, por sus siglas en ingles del pacto internacional de derechos civiles y políticos, y la CADH, la convención americana de derechos, en el considerando 3, se asentó, que el derecho de no ser juzgado, dos veces por lo mismo, esta fijado en el artículo 14.7 del ICCPR, el cual dice que: “*nadie podrá ser sancionado, ni juzgado por un delito, por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia que haya quedado firme, de acuerdo con el procedimiento penal de cada país*”.

La STC, del Exp. N° 2322-2004, en el considerando 7, evoca la sentencia del mismo tribunal recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, sobre las sanciones administrativas y responsabilidades punitivas, siendo posible la aplicación, de sanciones disciplinarias administrativas, y que estas mantienen sus efectos, cuando no son consecuencia de una imputación penal, que se le haya impuesto, como consecuencia de un delito o infracción a la normativa penal, pues aplicar una sanción administrativa, de esa forma si sería vejatoria del principio de la presunción de inocencia, pues sancionar sin declarar responsabilidad penal, es pasible de mantener sus efectos en determinados contextos y en el tiempo.

En la sentencia señalada en el párrafo anterior da entender que la sanción penal, presuntamente está ubicada jerárquicamente o principalmente sobre una de tipo administrativa, y que la infracción de interés propios protegidos por una institución, a la que pertenece, señala que solo podrá imponerse una vez finalizado el proceso penal, pero que tan cierto o cual sería la base para establecer dicho argumento, no ha sido definido, solo se amerita y se dispone dicha conclusión a una sanción administrativa está vinculado a lo que se haya probado en sede judicial, talvez por el tipo de inmediatez de los elementos que sustentan el hecho en un plenario que establecería la existencia o no de la conducta injusta.

Otra STC, del Exp. N° 3194-2004-HC-TC, considerando 05, recalca que el tribunal garantiza que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, y reitera sobre la definición de no iniciar dos procesos con el objeto de establecer una sanción, a fin de evitar la duplicidad de procesos, reiterando nuevamente que sean de orden penal y administrativo, o dos veces en un mismo orden penal o dos veces en un orden administrativo y todos con el mismo objeto.

En el presente caso se reitera las posibles consecuencias de una responsabilidad penal en litispendencia con una administrativa en base a un mismo suceso, señalando los resultados que se tendrían si una persona es absuelta dentro de un proceso penal y como quedaría su responsabilidad en el ámbito administrativo si quedaría insubsistente o sería pasible de una sanción disciplinaria, no es muy claro al respecto, haciéndose las preguntas necesarias no encontrando razón suficiente para una respuesta concreta y cuestionando si la sanción del tipo disciplinaria administrativa debería continuar o seguir la suerte de lo establecido a través de una proceso penal, definiendo una ambigüedad de seguir o no lo establecido en anteriores pronunciamiento del intérprete de la constitución.

En esta resolución cabe resaltar que señala que el principio en estudio fluye del principio al debido proceso establecido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, en concordancia con las herramientas y mecanismos que establece el derecho internacional, esto ya reiterado en la STC del Exp. 2050-2002-AA/TC, recalcando nuevamente la existencia de la vertiente sustantiva y la procesal como reconocidas instituciones propias del *ne bis in ídem*, y que a su vez ya ha sido reconocida globalmente.

Y por último se tiene el exp. N° 4587-2004-AA/TC, el supremo interprete de la norma constitucional, establece presupuestos, para evitar la vulneración del principio *ne bis in ídem* en su vertiente procesal, señalándose que, primero, el procesado debe haber sido absuelto o condenado, segundo, la resolución debe haber quedado firme, y tercero, si existe una nueva persecución, por parte del Estado, esta debe sustentarse, en la no vulneración de un mismo bien jurídico, que ya fue puesto a evaluación de un pronunciamiento anterior, que estableció condena o absolución.

6.3 SITUACION ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL NE BIS IN ÍDEM EN LA CORTE SUPREMA.

Dentro del territorio nacional, la Corte Suprema de la República del Perú, también ha sido partícipe, de pronunciamientos del principio *ne bis in ídem*, desarrollando y evocando en sus propias resoluciones al máximo intérprete de la ley; así tenemos el R.N N° 3581-2012, considerando 3, que señala que el principio *ne bis in ídem*, esta sustentado en la carta magna, del art. 139, inc. 2) sobre la cosa juzgada, siendo implícito a tal normativa constitucional, sobre otra que es expresa, vale decir, el principio de la cosa juzgada, e invocando los pronunciamientos del intérprete constitucional que anteriormente se ha hecho mención, como el Exp. N° 4587-2004-HC/IC.

Y su considerando 4°; expresa que la vertiente material no permite, que un sujeto, sea pasible de una doble condena, y se expresa también, respecto del extremo procesal, señalando que, lo que se trata, o se debe evitar, es que un sujeto, sea procesado por un mismo hecho, al ser éste principio, una garantía de carácter personal, intrínseca a toda persona, siempre que tenga referencia a la afectación del mismo, por cualquier resolución, que involucre al sujeto, de forma directa, y que le sea aplicable, a fin de que el sujeto no vuelva a afrontar otro proceso por los mismos hechos.

Pero en el considerando 5, está haciendo un mayor alcance de la vertiente procesal, y su aplicación, estableciendo y pronunciando la total imposibilidad, de una múltiple persecución, sobre una misma imputación, para una misma duplicidad de imputación y que esta sea paralela, bajo una misma razón, y que sea perseguida, por multiplicidad de procesos, invocando doctrina que ha desarrollado el principio, bajo la exigencia de tres requisitos;

El principio del ne bis in ídem establece tres condiciones fundamentales para su aplicación:

1. **Identidad del sujeto:** Se debe tratar de la misma persona, tanto como autor del hecho punible como objeto principal del proceso. La identidad del sujeto no se afecta por la identificación de los agraviados.
2. **Identidad del objeto:** El hecho punible perseguido en los diferentes procesos debe ser el mismo, sin importar la calificación jurídica que se le atribuya.
3. **Identidad del fundamento:** Los procesos deben basarse en la misma causa o motivo que justifique la persecución penal del Estado.

En palabras más simples:

- No se puede perseguir a la misma persona dos veces por el mismo hecho, sin importar la calificación jurídica o la identificación de los agraviados.
- El principio busca evitar la doble persecución penal por un mismo hecho, ya que esto podría generar inseguridad jurídica y vulnerar los derechos del acusado.
- La identidad del fundamento implica que los procesos deben basarse en la misma causa o motivo que justifique la persecución penal del Estado.

Citando al jurista Julio Maier:

"De lo que se trata es de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento históricamente determinado, se repita, cualquiera sea el significado jurídico que se le haya dado, en una y otra ocasión, al nomen juris empleado para calificar la imputación o designar el hecho [...]" (MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto; mil novecientos noventa y seis, página seiscientos cinco).

En pocas palabras, el principio *ne bis in ídem* establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Es una garantía básica que impide que una persona sea sometida a múltiples procesos penales por un mismo hecho.

La Sala penal permanente, en su R.N N° 873-2016, sobre el principio *ne bis in ídem*, amplía la vertiente procesal, excluyendo la estructura propia de la cosa juzgada, señalando que la vertiente procesal va más allá, de la cosa juzgada, pues se refiere a la exclusión de las persecuciones paralelas.

Y en el considerando 4, de dicho pronunciamiento, señala que si bien es cierto que el *ne bis in ídem*, tiene una vertiente material y procesal, la primera no permite, que un sujeto sea castigado más de dos veces por lo mismo, siempre en cuando tengan identificado, los presupuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, y el extremo procesal, se identifica con la prohibición de iniciar un proceso, sancionatorio, basado en la incriminación, de un tipo del injusto, respecto del cual ya hubo pronunciamiento, explayando que la vertiente procesal, no solo se trata de persecuciones sucesivas, sino a la persecución paralela, en un determinado periodo de tiempo, en procesos diferentes, cuya prohibición debe, o debería esta proscrita, en el mismo tiempo que se ha irrogado la imputación.

Dicho principio no ha sido exclusivo de pronunciamiento penales, pues también se tiene la Casación de la Sala Civil Permanente, en el Exp. N° 2927-2015-Lima, identificando que los procesos por violencia familiar, tienen una connotación diferente de los procesos por faltas, que se siguen en los juzgados de paz letrados, advirtiéndole que la ley de protección de violencia familiar, establece medidas de protección, de cualquier abuso, en un sentido físico, y en una afectación psicológica, que pudiera generarse en el seno del ambiente familiar o entroncamiento familiar, expresando que mientras el extremo penal, tiene una finalidad coercitiva, y sancionatoria, mientras que la otra, tiene una

finalidad protectora de la víctima, para suspender la continuación o realización del abuso en contra de la persona que es víctima de dicha violación, contra su integridad física como psicológica; medidas de protección contra el abuso y futuros abusos que pudiera sufrir el agraviado en el entorno familiar.

En el R.N N° 2090-2005 de Lambayeque, desarrolla, la relación que pudiera tener, los elementos, del principio *ne bis in ídem*, con el derecho penal y administrativo, estableciendo referentes vinculantes, la única que se pronuncia en ese extremo; identificando el problema de los casos en concreto, definiendo que el proceso administrativo sancionador solo protege “un correcto funcionamiento” dentro de la administración pública, y siendo que las sanciones administrativas lo que buscan es establecer un respeto, de las reglas establecidas, que norman la actividad pública, dentro de las diversas relaciones que se dan dentro de ella, constituyendo estas medidas disciplinarias, en el corrector, por el cual están sometidos los integrantes que conforman una institución jurídica pública, todos sus integrantes, y es el procedimiento administrativo sancionador, el cual no se rige, por el principio de lesividad, sino por una afectación de carácter general, que en el derecho administrativo se ha adoptado, para los casos, que se presenten, a su evaluación, y no es parte necesaria dentro de su argumentación, identificar la puesta en peligro o lesión a determinados intereses jurídico, simplemente es una respuesta inmediata de cualquier desobediencia, a las reglas preestablecidas en sus manuales o reglamentos, por cual se conduce dicha institución pública, a diferencia del extremo penal que si busca, establecer criterios de punibilidad, y lesividad, como respuesta del injusto y antijurídico hecho identificado, que menoscaba generalmente de forma grave un bien jurídico, lo cual diferencia lo que ocurre en el extremo administrativo.

Dentro del mismo pronunciamiento, considerando 5°, podemos ver que reproduce, lo señalado por el Tribunal Constitucional, para tener en cuenta que dicho principio se debe estudiar en conexión con el principio de legalidad y

proporcionalidad-razonabilidad, basta agregar que la razonabilidad también debería estar presente, pues es intrínseca a la proporcionalidad, a fin de evitar cualquier tipo de exceso, del *IUS PUNIENDI*, del Estado, y tomando en cuenta el artículo VIII del TP del Código penal peruano, sobre, que la pena no puede precipitar la responsabilidad por el hecho, pues en razón al principio de legalidad toda conducta debe estar con anterioridad, establecida como tal.

Y el fundamento 5º: que hace mención y vuelve a reiterar la conexión del principio en estudio con la legalidad y proporcionalidad, en una suerte de vinculación obligatoria o de necesaria relación, a fin de evitar un exceso punitivo, todo ello en relación incluso con lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que señala que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, respecto de las conductas que ya están tipificadas con anterioridad.

7. CONCLUSIÓN PREVIA.

Podemos concluir previamente, que del R.N 2090-2005- Lambayeque, el empleado público, que fue administrativamente, sancionado, y paralelamente ventilado en un proceso penal por el mismo hecho, ampara su caso, al haber interpuesto un medio de defensa, a fin de evitar la multiplicidad de sanciones, por vulneración del *ne bis in ídem*, la resolución desarrolló, en su contenido que las sanciones administrativas no protegen, intereses jurídicos, y que no están vinculados al principio de lesividad en el extremo de la afectación del mismo, sino, señala que debe haber solo una “afectación general”, para la activación de un procedimiento administrativo sancionador, calzando la conducta dentro de los lineamientos establecidos en reglamentos, manuales, directiva y circulares, que

rigen la actividad estatal, lo resaltante, de la presente resolución, es que es el único precedente vinculante en territorio nacional, que espera dar las pautas generales para una debida aplicación de dicho principio, pretendiendo brindar formular legales de posible aplicación a los casos traídos a evaluación.

Hemos podido observar que dentro de las resoluciones, tanto del mismo interprete constitucional, como de la misma Corte Suprema de justicia de la República, e incluso invocado por propios operadores de justicia, refieren siempre citar la sentencia del TC, en el Exp. N 2050-2002-AA/TC, la misma que trae un desarrollo, basado en jurisprudencia europea, definiendo, el ámbito de aplicación del procedimiento administrativo sancionador, y el proceso penal, analizando las fronteras, como limites de aplicación, para cada respuesta punitiva sancionadora, puesta a disposición de los legitimados a aplicarlo; sin embargo, el considerando 17°, de dicho pronunciamiento, observamos que el caso puesto a resolución, presenta una ambigüedad, manifestando lo siguiente, que: *“una sanción de pase a la disponibilidad, se deriva o mejor dicho señala ésta sanción se aplica cuando se ha infringido intereses legítimos de la Institución policial”*, por lo que si ponemos énfasis, a lo desarrollado, por el supremo interprete de la ley, y por definición propia, tenemos que los intereses jurídicos, resultan ser, bienes jurídicos elevados a rango de ley, y si mencionamos lo que dice el R.N N° 2090-2005- Lambayeque, establece que el extremo de un procedimiento administrativo sancionador, se aplica, cuando hay una “afectación general” de las reglas que conducen una actividad estatal e institucional; observando como de forma contradictoria, ya el Tribunal Constitución, respecto de sus integrantes, y la Corte Suprema, difieren, en su entendimiento declarativo, de aplicación, del principio *ne bis in ídem*, siendo dos entes legitimados para establecer, un verdadero control de aplicación, generándose una incertidumbre y abierta contrariedad, para una correcta aplicación de dicho principio, concluyendo que la primera señala que protege intereses legítimos, mientras que la segunda, deberes preestablecidos, en reglamento manuales circulares, etc.

Bajo ese punto de vista si las “afectaciones generales”, son propias del procedimiento administrativo sancionador, de toda conducta que vulnera, o que no se conduce por los deberes, regidos y preestablecidos, en manuales y reglamentos, de toda institución pública; es sabido que en el aspecto penal, sienta sus bases en la afectaciones de bienes jurídicos, como parte de sus presupuestos para imponer una sanción, y siendo más rigurosos, con las definiciones dadas por estos entes, podemos deducir que nunca se aplicaría, dicho principio *ne bis in ídem*, pues en el extremo del fundamento, nunca colisionaría, con lo tutelado por las normas administrativas y penales, mucho menos logrará, una aplicación, o se sustentara en algún criterio objetivo de aplicación, y si seguimos las pautas que no otorga los dos mayores entes de pronunciamientos jurídico nacional, de forma ambigua, la interpretación no da mayores alcances para su correcta aplicación, dentro de estas manifestaciones punitivas del derecho, justificándose, así, la imposición de una sanción dentro del territorio nacional.

Ahora si el Tribunal Constitucional dice que la clave, para aplicar el principio *ne bis in ídem* el mismo señala que es la identidad de fundamento, dentro de un mismo hecho, y el carácter punitivo tiene su base, en la protección de un bien jurídico, nunca encontraremos la formula correcta, para identificar las excepciones, por la cual se aplicaría el mismo.

Si la finalidad de estos procesos es distinta, y haciendo una interpretación del máximo ente rector constitucional tomando en cuenta, que lo administrativo, protege “intereses legítimos institucionales”, eso daría a entender que podrían existir bienes jurídicos administrativos y bienes jurídicos penales, lo que en vez de acercar la solución, al problema de interpretación, se aleja cada vez más,

porque si identificamos bienes jurídicos administrativos, penales, también pueden existir bienes jurídicos, laborales, contenciosos, tributarios, etc.

En ese sentido, solo en base a una sentencia del Tribunal Constitucional, que indica dar pautas para el desarrollo del principio *ne bis in ídem*, y como mencionamos anteriormente, se ha podido establecer que es una importación de una sentencia europea, de Tribunal Constitucional Español, coloquialmente un copia y pega, que trae como consecuencia el libre albedrío en su interpretación, que ha generado, mas problemas que soluciones, por su difusa y nada clara interpretación, criterios españoles que a su vez fueron importados de jurisprudencia francesa.

Los mismos que fueron sancionados y que aún siguen modificando sus criterios a fin de modificarlos acorde a lo señalado por TEDH, recordándoles que el artículo 4° de la CEDH prohíbe enjuiciar o juzgar a una persona por un segundo delito, siempre que el delito tenga un origen en los mismos hechos como en el caso *AFFAIRE NODET* contra FRANCIA de 2019, donde se señaló que los hechos denunciados eran idénticos en ambos procedimientos, administrativo (autoridad de mercados financieros- AMF) y lo penal, recordándole que si el Estado no demuestra que existe un nexo material lo suficientemente sólido entre los procedimientos administrativo y penal para considerar al primero como una etapa previa del segundo (AMF), fue sancionado debiendo pagar a la víctima (demandante) por concepto de daños morales e incluso costas y gastos, dada la identidad de los objetivos del proceso ante la AMF y los tribunales penales, y, en cierta medida, una repetición en la recopilación de pruebas por parte de diversos servicios de investigación, sufriendo un perjuicio desproporcionado como resultado del doble enjuiciamiento y doble condena, por la Comisión de Sanciones de la AMF y los tribunales penales, por los mismos hechos.

Es muy claro que el principio en estudio recobra protagonismo actualmente y que fue opacado, al ser integrado a otros principios, confundido, trastocado y embrollado, ahora poco a poco toma auge, siendo un principio tan civilizadísimo, clásico y precediendo a la seguridad jurídica que a su vez precede a la justicia, porque en la jurisprudencia nacional, basada en algunas “**relevantes**” mas no vinculantes sentencias del Tribunal Constitucional, aclaran el panorama basado en solo un criterio de interés jurídico (lesividad de bienes jurídicos), como dice el profesor de derecho y maestro universitario Alcides CHINCHAY CASTILLO preguntándose en sus conferencias a asimismo: “*acaso algún caso administrativo busca proteger bienes jurídicos penales o algún caso penal busca proteger bienes jurídicos administrativos*”, mayor confusión que esto no puede haber; pues nunca operaria el *ne bis in ídem*, rigiéndose de esa forma, siendo éste principio conforme a los criterios esbozados por el TC un ornato más en el ordenamiento jurídico peruano, en desuso, a espaldas de lo que se viene aplicando en el globo jurídico más allá del sistema y modelo jurídico al cual pertenezca.

En el único campo donde si opera actualmente el principio *ne bis in ídem*, en el ordenamiento jurídico nacional, es cuando se da en el mismo ámbito, vale decir, lo administrativo en lo administrativo y lo penal en lo penal, a fin de impedir la dualidad de procedimientos o dualidad de procesos, con el mismo objeto, aunque en el ámbito penal, hay otra connotación pues si se trata del penal privativo, y penal de la justicia común, tampoco se aplica el *ne bis in ídem*, distribuyendo la Corte Suprema, en cada jurisdicción de forma Salomónica (que no significa justa y segura, simplemente solo le da razón a las dos partes).

Los delitos correspondientes a la justicia común y al fuero privativo por proteger, bienes jurídicos de distinta naturaleza como razón de justificación distributiva de calificaciones; remarcando la misma idea dando a entender

esquizofrénicamente que bajo esa premisa no hay exceso; no reflexionando tal vez en el vínculo o conexión que puede haber entre estos procedimientos y procesos, y que si influyen mutuamente conforme hemos visto en diversos sistemas jurídicos y modelos, acaso estamos siendo ajenos a la realidad de lo que sucede en el mundo, o hay una indolencia por no querer desarrollar un legítimo, lícito y autentico principio del derecho, quedándonos en el abismo de lo arcaico, soslayando y seccionando la propia esencia del *ne bis in ídem* sesgando el único derecho capaz de hacerle frente al *IUS PUNIENDI* del Estado, es decir el irrenunciable derecho a la defensa inherente a cada persona.

Trayendo como consecuencia una innecesaria investigación y juzgamiento, en desmedro del imputado, dejándole una carga llena de aflicción y gasto tanto económico, como de magnitudes “físicas” en cuanto al «**tiempo**», para ejercer su defensa, y no solo en perjuicio del imputado sino que la misma administración de justicia se sobrecarga de investigaciones innecesarias que al final traen gasto estatal, y que pueden ser resueltas por una sola judicatura; a fin de establecer una real y concreta seguridad jurídica.

CAPITULO II

ASPECTOS ESTRUCTURALES DEL *NE BIS IN IDEM* COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL.

1. EL SENTIDO DEL *NE BIS IN ÍDEM* COMO UN PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL.

El *ne bis in ídem* como un principio limitador y de resistencia en el área penal, surge como respuesta al *iuspuniendi* del Estado frente al ciudadano, en tal sentido, el principio propiamente se revela ante la necesidad que tiene toda sociedad para delimitar la legitimad de la potestad sancionadora del Estado, como el ser superior al cual hay que temer, o como lo denomina THOMAS HOBBS en su obra “*El Leviathan*”:

« (...) *aquel Dios Mortal al cual debemos nuestra defensa (...)*», resulta evidente que ante tal realidad en el contexto social se justifique su existencia, razón por la cual resulta necesaria que su manifestación y adecuación deban estar en armonía con el orden jurídico penal, tema tan delicado y complejo que hasta el Maestro Francisco MUÑOZ CONDE señala que: “hablar de Derecho penal, es hablar de un modo u otro de violencia (...)”(MUÑOZ CONDE & GARCIA ARAN, 2004).

En ese sentido el derecho penal jamás debe ser utilizado como una herramienta para la realización de cualquier tipo de requerimiento, solo por su carácter punitivo bajo pretexto de buscar la paz y asegurar el orden social, esa paz debe estar basada en justicia y seguridad, y sobre todo con respeto a los derechos relacionados con la dignidad humana, orientado a un formal, justo y real sentido del ejercicio del *IUS PUNIENDI* que aquel mismo Estado establezca sus límites sobre todo de su fuerza coercitiva y violencia para los subordinados del propio Estado, esto es hacia los propios ciudadanos a quienes delegaron su voluntad mediante el CONTRATO SOCIAL.

El principio *ne bis in idem* es un referente dentro de la realidad, su desenvolvimiento dentro del ámbito nacional está siendo limitado, en su aplicación, por lo tanto también en su finalidad, y de tener una interpretación acorde a las necesidades vigentes, otorgándole los Tribunales Supremos solamente una calidad de proposición o enunciado tácito regulativo, adoptado a un esquema, aparentemente justificado de aplicación vinculante; parece ser, sin embargo no lo es, solo terminó siendo una copia adecuada a un caso, meramente formal, sin juicio ni razonamiento de coherencia que le permita trascender más allá del caso, hacia futuras controversias y mucho menos acorde a la realidad político nacional, sin genuinidad ni técnica jurídica.

En ese mismo camino, como principio el *ne bis in idem* con mayor cobertura penal, es el Estado a través de sus órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial quienes deben determinar su obligatoriedad en cuanto a su aplicación, con carácter imperativo y más allá de su positividad en el ordenamiento jurídico o constitucional, a fin de que los jueces u operadores jurídicos en materia penal le otorguen legitimidad a sus decisiones, pues ya no estarían inmersas en alguna desproporcionalidad sino de razonabilidad y mejor justificadas, al establecer el *ne bis in idem* como limitador de arbitrariedad, desde esa perspectiva.

Conforme a ello el profesor SILVA SANCHEZ señala lo siguiente: «*Todo ello conduce, a mi juicio, a la inevitabilidad de admitir que las cuestiones básicas del Derecho penal, ya sean éstas las que conforman los principios del ejercicio legítimo del iuspuniendi, ya las premisas valorativas de la atribución de responsabilidad penal (...) son una materia propia de la filosofía jurídica, (...) Así pues, en definitiva, la toma de posición ante el problema de la legitimación del iuspuniendi, con la opción entre concepciones utilitaristas y no utilitaristas (con todas las posiciones intermedias que se quiera) de la legitimación del Derecho penal, requiere una toma de posición filosófico-jurídica*»

Bajo ese enfoque, entonces el *ne bis in ídem*, teniendo su propio y autónomo valor constitucional, se debe obligatoriamente considerar como un principio penal fundamental, pues representa un principio adscrito a la persona humana como derecho fundamental, y como pilar fundamental del derecho penal en todo Estado de derecho, para lograr la paz, el orden y la seguridad jurídica, por su reconocimiento natural y hasta secularizado desde la antigüedad, por el balance que le debe otorgar al Estado entre el *IUS PUNIENDI* y la dignidad humana, para superar cualquier formalismo establecido, libre de cualquier arbitrariedad, a favor del ciudadano como tal, para que pueda ejercer una defensa eficaz de los derechos que le asisten, y sobre todo por su relevancia en el ámbito político criminal, en consonancia con el adagio señalado por WELZEL haciendo referencia que el Estado tiene por pensamiento: «Protejo, ergo obligo».

2. VERTIENTE PROCESAL DEL *NE BIS IN ÍDEM*.

El extremo procesal del principio *ne bis in ídem*, el encargado de definir en nuestro sistema penal la división de principio en estudio del *ne bis in ídem* confirmando las vertientes del mismo ha sido el Tribunal Constitucional peruano al emitir la STC N° 2050-2002-AA/ TC de 16 de abril del año 2003, dando a entender que en base a lo expuesto por el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981) de la siguiente manera se explica que dentro de la vertiente procesal un individuo o una persona no pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, o ése mismo hecho no pueda ser un propósito u objetivo para activar una reacción punitiva de litispendencia en distintos órdenes jurídicos que fundamente procedimiento o procesos legitimados por una ley, que consecuentemente perjudique a las personas dentro de una sociedad en conjunto, por una dualidad de procedimientos.

Tal como lo ha expresado el Tribunal Constitucional de España en la STC 47/1981, el cual señala el principio en estudio surge como una suerte de prohibición o impedimento para evitar la litispendencia o dualidad de procedimientos que anteriormente se ha señalado entre una u otra jurisdicción, penal, penal militar policial y administrativa, a fin de evitar consecuencias aplicativas distintas, simplemente por aplicación distinta de normativas establecidas de acuerdo a cada competencia respecto de la apreciación de un mismo hecho, haciendo que para uno y otro pueda o no existir un mismo hecho, independientemente de lo que la ley obligue a hacer a cada órgano del Estado, e incluso generando un gran costo para el mismo Estado por la carga procesal de mecanismos establecidos.

Esto significa que, en caso de haber dos procedimientos simultáneos, el órgano administrativo está ineludiblemente obligado a aceptar como ciertos o falsos los hechos que se hayan determinado en el proceso penal. Cfr. (Tribunal Constitucional, 2002)

El máximo ente constitucional de España, es decir su Tribunal Constitucional a través de la STC 77/1983, de 3 de octubre de 1983, da a conocer muchos antes de que se pronunciara el Tribunal Constitucional peruano; una interpretación y concepción del principio *ne bis in ídem* en su vertiente procesal señalando que el ámbito gubernativo entendiéndose como lo administrativo sancionador y lo penal por un mismo hecho, que sean contrario al orden público y además sean antijurídicos, con las características propias de una falta o delito, señala esta sentencia que deben de remitirse al órgano jurisdiccional competente, estableciendo una superioridad jerárquica en su pronunciamiento, conforme a las actuaciones de enjuiciamiento propiamente dicho.

Sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo Español señalan como por ejemplo la STS 9130/1990 del 21 de noviembre de 1990 en el fundamento jurídico 3) que: “(...)Aunque los hechos se derive de una doble consecuencia como efecto de un procedimiento administrativo sancionado no existe propiamente infracción al ne bis in ídem, en razón, además, a que en el objeto de nuestro enjuiciamiento son diversos y distintos los bienes jurídicos tutelados por las normas penal y administrativa(...)”, nótese que en esta sentencia el Tribunal Español señala que existen bienes jurídicos penal, así como bienes jurídicos administrativos.

Se puede entender que las interpretaciones entre la Corte Suprema y el Tribunal Supremo, guardan sus propias discrepancias notorias, mientras una intenta proteger libertades individuales, la otra genera un cierto sentimiento de querer alterar el “orden” y “seguridad jurídica”, no estableciendo la Corte Suprema española una inclinación hacia esos términos, y ello podría conllevar hacia una arbitrariedad, vale decir la de permitir la coerción y opresión por parte del Estado; esos mismos sesgos de esa época involuntariamente fueron importados en la jurisprudencia penal nacional, criterios que no han permitido una clara definición del mismo, pues en su vertiente procesal está claro que no puede haber 02 o más investigaciones sobre una persona en cuanto el mismo hecho, y cuando está siendo ventilado en una misma área penal, o administrativa o penal privativa, sin embargo no existen más criterios, para tratar el problema y la inestabilidad cuando suceden en varias áreas de forma multidisciplinaria del Derecho.

No habiendo interpretaciones y consecuencias importantes para diferenciar la vertiente procesal en ese aspecto, tal vez por la inexistencia de algún fundamento constitucional; por lo que se ha permitido que un individuo padezca un doble y hasta triples formas de acción punitiva del Estado,

soslayando la seguridad jurídica y limitando la libertad individual de las personas por la sujeción y el vínculo que tiene con el Estado (tema tratado más adelante) a una inseguridad derivada de la posibilidad abierta que hay en su contra de soportar todas las pretensiones punitivas del Estado, habidas y por haber, sin un límite claro atentando simplemente, contra la seguridad jurídica por el carácter indefinido de la cantidad de sanciones que le pueden ser aplicadas en su contra, siendo esto consecuencia del alto costo de la legalidad, afectando radialmente a cada uno de sus integrantes.

3. VERTIENTE MATERIAL DEL *NE BIS IN ÍDEM*.

El extremo material, dentro de la estructura del principio *ne bis in ídem*, en el desarrollo que le ha dado el TC, peruano en su STC Exp. N° 2050-2022-AA/TC, 16 de abril del año 2003, lo entiende y expresa de la siguiente forma:

Señala que nadie debe ser castigado por los mismos hechos, ya es repetitivo ello, a fin de que no se acoja, una doble punición, sobre un mismo sujeto, al infringir una regla, o una norma preestablecida, señala además, que ello, refiriéndose al *ne bis in ídem* sería un manifiesto límite de poder, al exceso del ius puniendi del Estado, que es opuesto al estado de derecho, y mediante este principio, se impide, que una persona sea sancionada dos veces por lo mismo, siempre en cuando exista, señala en su desarrollo el TC; siempre que deba existir una identidad de sujeto, hecho-objeto y fundamento-causa de persecución, lo que no afectaría las garantías propias que deben regir en un Estado de derecho.

Ya ha manifestado también el Tribunal Constitucional, que el *ne bis in ídem*, es un principio que se debe interpretar en concordancia con los principios de

legalidad y proporcionalidad, y no esta demás, mencionar que nosotros le agregamos, que debe incluir la razonabilidad pues la proporcionalidad no puede desprenderse de ello, algo muy importante que cabe resaltar, es esa necesidad de garantizar, a todo sujeto de derecho, conocer, como reaccionaria el IUS PUNIENDI del Estado, en determinadas circunstancias, ante una eventual infracción normativa o reglamentaria, por la comisión de un hecho antijurídico, recalando que la clave de aplicación del principio *ne bis in ídem* reside en la identidad de fundamento, por un mismo hecho, pues cabe recalcar que ello fundamenta la sanción impuesta, respecto de un bien jurídico protegido o también recalca un mismo “interés jurídico”.

El profesor universitario y juez Supremo de la Corte Suprema de la república José Antonio NEYRA FLORES en su “*Manual del Nuevo proceso Penal*”, invocando a autores como Alejandro CARRIÓ, Alberto BINDER, Cesar SAN MARTIN CASTRO e incluso el R.N N° 2090-2005 del 17 de junio del año 2006; nos muestra que el *ne bis in ídem* material, es que el principio como se ha señalado anteriormente en las sentencias de Tribunal Constitucional Español guardan relación con los principio de legalidad y proporcionalidad vinculados entre ellos, para prohibir en exceso de la punición, siendo que el autor confirma nuevamente la simetría y equilibrio que guardan dichos principios, para evitar una sanción por parte del Estado, por un mismo contenido de lo injusto, que devendría en contrariedad con el artículo VIII del título preliminar del código penal, de no sobrepasar la responsabilidad por el hecho en cuanto a la pena, y reiterando que el principio de la legalidad garantiza la seguridad jurídica, estableciendo que las conductas solo se pueden sancionar si están tipificadas previamente. *Cfr.* (NEYRA FLORES, 2010).

No es posible considerar que en su extremo material el principio *ne bis in ídem*, tenga conexión con el principio de legalidad, si su base constitucional se toma en cuenta a la cosa juzgada, entonces eso lleva a pensar que tiene

conexión al principio de legalidad pero, como hemos manifestado en la presente investigación el *ne bis in ídem* no es parte de la cosa juzgada, ni se deriva de ella y el correcto ámbito de aplicación y de conexión con el principio de legalidad sería si el principio en sí, estaría descrito en la Constitución como tal, y no de una interpretación tacita del mismo por extensión de otro principio, a fin de justificar su existencia; siendo que para asumir responsabilidades tan elevadas en su aplicación, ésta debe señalarse como tal en la carta magna y así incluso pueda ser entendido por aquel que no pueda entender la ley, pero sí que la práctica.

Está más relacionada con el principio de proporcionalidad, de manera concreta, tal como lo aplica el Juez como podemos observar en una resolución del Fuero Privativo en el EXP. N°0267-2014-02-16 de 23 de enero 2020 donde resuelve de la siguiente manera expresa en sí, que: lo decidido en el ámbito administrativo disciplinario es autónomo respecto al resultado del proceso judicial, dado que ambos procesos tienen diferentes naturalezas y orígenes.

Lo resuelto en dicha resolución comprueba que en la realidad, en la práctica judicial efectiva, si procede imponerle a un determinado sujeto por su vínculo con el Estado, más de una sanción por la autoridad que fuere, pues todas son independientes y despliegan sus efectos con una finalidad la de sancionar de manera legítima, encontrando justificación pues no hay hasta la fecha pronunciamiento al respecto que aborde éste tema, soslayando la dirección de justicia, hacia otros intereses más legalistas que proporcional y racional.

4. COMPONENTES O IDENTIDADES DEL *NE BIS IN ÍDEM*.

Los tres elementos o presupuesto que componen el principio *ne bis in ídem*, como requisito operativo, actualmente del principio, presenta a su vez cada uno de ellos, su propia dificultad tiene su propia discusión, su propia línea y forma de comprensión e interpretación según sea el punto de vista tomado y cada uno con distintas categorías problemáticas, en un sentido abstracto y objetivo, pero con una misma base estructural en su desenvolvimiento.

4.1 IDENTIDAD DE SUJETO.

Esta intrínsecamente relacionado con la persona, o sujeto, aunque hay posiciones, en la cuales se le podría denominar “ente”, que sería un tema aun más complejo el establecer desde una perspectiva, penal económico, si se puede considerar a una persona jurídica, dentro de la identidad de sujeto, pero lo cierto es, que de manera universal las posiciones en mayoría, hacen referencia a todo ciudadano que haya infringido, alguna norma penal o reglamentaria, como sujeto pasible de sanción, en la manifestaciones del poder coercitivo del Estado, porque es en ella, en quien recae las diversas formas de sanciones que se ha establecido, el *IUS PUNIENDI* estatal.

En este aspecto estructural del principio *ne bis in ídem*; no hay debate problemático alguno; la dificultad surge en cuanto a las personas jurídicas, como sujetos, donde, el profesor y Juez Supremo peruano, José Antonio NEYRA FLORES lo destaca de la siguiente manera, señalando que dentro de las diversas sanciones que hay en el derecho penal, resulte viable que una multa, a la persona jurídica, pueda ser aplicada, cuando ya ha sido sancionado el representante legal, con una pena, por lo que, dentro de su perspectiva puede observar, que hay un aparente, resquicio de vulneración al principio *ne bis in ídem*, al imponerse repetitivamente una sanción, señalando que nuestro Tribunal Constitucional tiene una postura que se ciñe, en primer orden, en que no hay una identidad formal alguna entre persona jurídica y su representante, teniendo la persona jurídica una diferente existencia de quienes lo componen, y señala que ello esta en al art. 78° del código civil, lo que imposibilitaría una sanción penal a una persona jurídica, y que devendría en inviable. *Cfr*(NEYRA FLORES, 2010).

Un artículo circulante en la red virtual de internet, escrito por Patrick PINEDO HIDALGO, que cabe destacar donde el mismo autor se hace una interrogante y abre la posibilidad de discusión, para analizar, esta situación, y lo expone de tal forma que señala, que se ha observado a los largo de estos últimos años, que el desarrollo tanto social como económico, sobre todo económico, que todas las personas naturales, han visto por menester realizar sus fines mercantiles y utilitarios, a través de una persona jurídica, siendo que la única forma de alcanzar esos fines económicos, es a través de una persona jurídica y una vez alcanzados, mantener en existencia la persona jurídica mas allá, del comportamiento de sus integrantes, y que los ordenamientos jurídicos están ya otorgándoles cierto reconocimientos, para ser capaces de ser titulares, para mantener derechos y obligaciones como un ciudadano cualquiera, esto quiere decir que se les esta otorgando capacidad jurídica para ejercer ciertas actividades, a través de sus miembros. (PINEDO HIDALGO).

Pues resulta acertado su comentario yEl Tribunal Constitucional Peruano ya ha desarrollado algo referente al tema en discusión, que involucra a una persona jurídica, como sujeto de titularidad de derecho y obligaciones, y destaca que tal titularidad, si esta reconocida, en el art. 2 inc. 17) de nuestra carta magna, donde se reconoce el derecho a toda persona «*se hace referencia a la persona jurídica*», a participar en forma individual o asociada, en la vida (...) económica de la nación, siendo que es un derecho y una garantía, siempre en cuando se promueva el ejercicio de otros derechos fundamentales. Cfr. (EXP. N°0905-2001-AA/TC, 2001)

Asimismo, señala que las asociaciones, conformadas por personas naturales, se reúnen con un solo propósito, el cual es defender sus propios intereses, y una persona jurídica en sustitución, de las personas naturales que la conforman, logra manifestar los derechos de sus integrantes, por lo que es necesario establecer que esos derechos puedan ser ejercidos, garantizados, y reguladas, con el objeto de proteger los derechos que se manifiestan a través de

ella, siendo ello una obligación por parte del estado, establecer el marco jurídico que corresponda a fin de promover la libre asociación, para la libre expresión de derechos ya constituidos y organizados.

Es tan compleja la manifestación de una persona jurídica que pertenece al derecho privado, y en el cual, es posible titularizar, diversos derechos, tanto de una forma directa como indirecta, obedeciendo a los intereses propios de sus miembros, por lo que es importante, y urgente, regular su actuación a fin de tutelar, sus derechos cuando hayan sido vulnerados, por alguno de sus miembros incluso, a fin de establecer el amparo necesario, para que puedan formalizar, cláusulas, que pueda regir su actividad, en el desarrollo extensible de sus intereses, propios de sus integrantes que la conforman.

Existen muchos criterios, y todos establecen argumentos con distintas finalidades, desde un punto de vista jurídico y asociativo representativo, a fin de establecer la relación entre los órganos de representación, dirección o gerencial y la existencia misma de la persona jurídica, para establecer si la subrogación, o representación, de uno o varias personas, involucra al “ente”, como manifestación de intereses colectivos, a fin de poder establecer si es posible, señalar responsabilidades colectiva, solidarias, o independientes, ajena a la persona jurídica, ante un hecho antijurídico, sancionado por ley.

Siendo ello, un tema, tan complejo, por la diversas estructuras que la componen, y después establecer, en que momento de la simbiosis, una persona natural o persona jurídica, expresa la voluntad de uno o de otro, porque existe un momento en el cual, ya el órgano representativo, manifiesta en base a la colectividad que lo integra, la voluntad de la persona jurídica, pues el fin natural, es casi siempre económico y utilitario, sea de forma inmediata o mediata, de corto o largo plazo, reflejando intereses económicos

o sociales, términos económicos ligados al derecho, para su regulación, y que muchas veces se ven soslayados por ausencia de directrices, que expresen, pronunciamiento alguno para su ejercicio, dentro de un propio análisis económico del derecho, el cual esta ligado, estos términos económicos.

Mas allá de ello, hay diversas teorías, que identifican las actividades de las personas jurídicas, y al responsabilidad de sus integrantes en su mal actuar, teoría como el “levantamiento del velo societario”, mediante el cual, se pueda referir, cuando una persona jurídica, tiene responsabilidad, dentro sus actividades, es un teoría que nace en EE.UU y que buscan establecer responsabilidad, a quienes manejan dicha institución, tanto de sus accionistas como de cualquier órgano de representación, para excluir el patrimonio que propio, de los intereses colectivos de quienes la conforman, y sobre todo, por identificar una de sus características, que tiene; como la de mutabilidad, de personalidad, dentro y fuera del contexto social, que podría, menguar su ubicación o identificación, en su actuar ilícito, siendo identificable una o varias personalidades de la persona jurídica; cabe preguntarse ahora, si en el fondo, la esencia sigue siendo la misma, si bien es cierto la institución, mutó de personalidad, las personas e intereses colectivo detrás de ella, siguen siendo los mismos, a pesar del mal actuar de sus integrantes, o del órgano de dirección o gerencial.

Pues como vemos resulta necesaria, su regulación, y establecer los parámetros, para una correcta definición e identificación como “ente” o como “sujeto de derechos y obligaciones”, frente al ordenamiento administrativo o penal según sea el caso, partiendo de regulaciones que deben estar de forma obligatoria dentro del estatuto de cada persona jurídica, propia, ahora resulta la interrogante, es posible, establecer, u obligar ciertas reglas, dentro de los estatutos empresariales para identificar la personalidad propia, de una persona jurídica, creemos que es necesario, en el caso de poder identificar

el mal actuar, cuando decida mutar en otra, para lograr un impoluto nacimiento, para pasar desapercibido, en la regulación normativa sancionatoria, lo que alarmaría, un Estado de derecho, y en todo caso, ocasionaría un libre albedrío, de su actuación, en perjuicio del Estado, donde se desenvuelva, frente a ello, esta figura jurídica económica o social, no puede estar indefinida, sino que debe ser tratado como tal, por la relevancia que tiene dentro de una sociedad.

Nuestro ordenamiento civil peruano establece que los miembros que conforman una persona jurídica, en representación, están bajo la institución de la subrogación, y en su artículo 1210° lo regula de la siguiente manera *“1. Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente. 2. Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor. 3. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda”*

Lo señalado por el código civil, es actualmente aplicable, y se puede determinar, en la liquidación o disolución de la persona jurídica, porque cuando esto sucede, las obligaciones que esta, haya tenido durante su vigencia, exige la existencia de una subrogación por el pago, a través de la sucesión de sus socios accionistas, o que tengan participación en ella, para los socios o participantes liquidadores, que son elegidos por asamblea entre ellos, para el establecer el orden de pago de los acreedores o trabajadores, según sea el caso, y la ley de la materia.

4.2 IDENTIDAD DE HECHO.

Ya se ha mencionado que el *factum* es uno de los presupuestos, de la estructura del principio *ne bis in ídem*, según la jurisprudencia española, el tipo de conducta realizada por el agente, cuando esta involucrado, en uno o varios hechos de connotación delictiva, aquí el trabajo sería determinar si esa conducta calzaría en un solo hecho o en otros, señalando que no es suficiente establecer que se tenga dos hechos con relevancia penal, respecto de un mismo imputado, o separadas por calificaciones jurídicas distintas, sino que tiene que establecerse, cuales fueron los actos propios realizados por el imputado, a fin de determinar si estos actos se llevarán a cabo en el mismo lugar o en otros, tanto en el espacio como en el tiempo, o que puedan identificarse con una cierta habitualidad. *Cfr.*(Tribunal Constitucional Español, STC 204/1996)

El profesor José NEYRA FLORES, manifiesta que lo factico, no generalmente corresponde con la calificación jurídica, pues no se debe permitir, establecer por calificaciones jurídicas, confundir con tratarse de distintos hechos, en estos caso el principio *ne bis in ídem* si intervendrá, para evitar que se inicie una investigación o persecución, para impedir, que se impute, que una conducta histórica, se vuelva a perseguir por una nueva calificación, como un acontecimiento real, de un periodo determinado, con un propósito de subsunción, de reglas que permitan persecución penal por valoración. *Cfr.* (NEYRA FLORES, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral., 2010).

El Jurista Alemán Claus Roxin, al respecto, ya ha señalado que la jurisprudencia mayormente predominante, establece que hay un concepto procesal del hecho que difiere del derecho material, e incluso es independiente, otorgándole a estos hechos, denominándolo “acontecimiento histórico”, que es sometido a los tribunales por requerimientos acusatorios.

Asimismo, el jurista alemán nos da entender que este aspecto estructural del principio referido al “hecho”, no es tan sencillo de identificar; y por lo cual aceptar la existencia de determinados “acontecimientos históricos”, debe establecerse cual es el único que corresponda a la calificación jurídica atribuida, en consonancia con puntos de vista tanto facticos como normativos, y que estos formen parte de un hecho, es decir todos estos acontecimientos históricos, son tácticamente inseparables, y pertenecientes a él, vale decir partes de un solo hecho, pero también se pueden establecer, acontecimientos independientes, en un sentido de concurso real, y que puedan estar en una relación de espacio y tiempo de uno con otro.(ROXIN, Derecho Procesal Penal, 2000).

Lo que no queda claro respecto a este referente, es que resulta ser esencial dentro del principio *ne bis in ídem*, destacar que dentro de un hecho puedan haber sucesos que lo componen, que hasta incluso puedan ser periféricos, resultan que de su integridad, es esencial identificarlo con el acto propio realizado por el sujeto involucrado, disgregar ello, no es parte del proceso factico medular, que puedan hacer variar la realidad de lo sucedido, según sea el panorama desde el que sea visto, o perspectiva que se le quiera dar.

Otro de los aspectos a resalta de Claus ROXIN es que reitera en otorgarle un “concepto procesal, del hecho”, que es muy diferente del hecho material, de una pluralidad de hechos e incluso de los delitos que se les denominaría plurisubsistentes, que es la realización de varias acciones, que persiguen una finalidad para cometer algún acto típico.

Desde una perspectiva del derecho material, si realmente se presentan varios delitos, generalmente también habrá varios hechos procesales. Sin embargo, en casos de un único acontecimiento histórico, puede darse la situación excepcional de un solo hecho procesal por ejemplo, cuando el autor causa un accidente y

luego huye del lugar. De manera más amplia, se considera que existe un hecho separado cuando alguien es sorprendido por la policía traficando drogas y, al intentar huir, comete otro delito de tránsito. Este segundo delito representa un hecho procesal independiente, aunque toda la fuga en automóvil cumple simultáneamente con el tipo penal, en referencia al principio del derecho material según el cual varias acciones punibles independientes no pueden ser consolidadas en una única entidad jurídica mediante un hecho punible menor que esté en unidad de hecho con ellas.

Y agrega el profesor ROXIN muchos más ejemplos del cual se puede extender dicha interpretación como, señala el autor, si una persona es investigada o acusada por encubrimiento personal, y que anteriormente hay cometido otro acto en perjuicio, del mismo agraviado, esa serie de sucesos corresponden a un mismo hecho, pues se logra establecer una misma resolución criminal, así solo se haya condenado por un segundo hecho, y posteriormente sea descubierto del primer acontecimiento, y si ese primer acontecimiento, es pasible de una nueva acusación por el legitimado a realizarlo, a ello es posible oponerse bajo el principio *ne bis in ídem*, pues solo se estaría identificando un hecho único.(ROXIN, Derecho Procesal Penal, 2000).

De todo ello se puede deducir, que las acciones u omisiones desplegadas por un sujeto, y de las consecuencias que posea en la realidad, y de las consecuencias jurídicas que se le puedan aplicar, por las persecuciones punitivas que pudiera activar, dentro del aparato estatal, al infringir una norma legalmente establecida, o de un cuerpo normativo penal o reglamento sancionador, es especificar y hallar el tiempo, espacio geográfico, en el cual se ha desplegado dicha acción u omisión, para precisar la contravención, de las disposiciones establecidas conforme a los principios de legalidad y tipicidad.

Al identificar el comportamiento, y la conducta del sujeto, en la realidad, más allá de las posiciones dogmaticas, resulta ser esencial determinar la acción

u omisión humana, para atribuir el hecho expresado por el sujeto y poder calzarlo dentro de la infracción que corresponda de forma correcta, acción exteriorizada a través de su conducta.

4.3 IDENTIDAD DE FUNDAMENTO.

En este extremo del principio, es donde gira la actual problemática de interpretación y aplicación según las pautas dadas por el Tribunal Constitucional e incluso por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a fin de que se ejecute el principio *ne bis in ídem*, siendo necesario establecer armonía entre las distintas posturas, corrientes y pensamientos en la doctrina jurídica al respecto.

Por lo que la posición que esta rigiendo actualmente, es en el sentido que las acciones punitivas desplegadas contra sujeto infractor, no se pueden acumular, o tramitar, bajo el velo de pertenecer a procesos distintos como el civil o penal, de forma simultánea, en cuanto a un mismo hecho, pues aquí ya se estaría operando el principio *ne bis in ídem*, siempre en cuando el fundamento de la persecución sea la misma ¿y cuando es la misma? nos preguntamos, si cada rama del derecho persigue objetivos distintos y se fundamenta en intereses distintos. Cfr.(NEYRA FLORES, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral., 2010).

A ello le agrega también que existen corrientes o posturas sobre la identidad de fundamento manifestando lo siguiente:

Si una rama o corriente señala que la identidad de fundamento, se identifica con un bien jurídico, respecto de valoraciones propias normativas, esto

seria escaso para determinar tal fundamento, en la medida que dicha postura no solo es aplicable para el derecho penal, sino que también involucra, al derecho administrativo sancionador, por lo que se desvirtúa, cualquier forma de aplicación, basado en ello. (NEYRA FLORES, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral., 2010).

Y esto no es ajeno a la realidad señala el Juez Supremo NEYRA FLORES, pues ya ha habido situaciones, que cuando en un determinado momento una calificación jurídica en determinado tiempo tutelaba la salud pública, y que esta ya haya cumplido una pena como tal, pero se descubre después que también afecto la administración pública, bajo otra calificación jurídica, bajo el sustento de que protegen bienes jurídicos distintos, devendría en injusto iniciar y castigar dicha conducta, solo porque el hecho en un primero momento afecto salud pública y después administración pública. *Cfr.*(NEYRA FLORES, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral., 2010).

El profesor Neyra Flores manifiesta que existe una denominada segunda corriente, señala que no existe una identidad de fundamento entre el derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, y que cada uno de éstos responden a sus propias exigencias de sus propias materias; todo ello relacionado o ligado al principio de lesividad en cuanto a la afectación que pudiese originar a los bienes jurídicos por cada ordenamiento jurídico, dándole una suerte de privilegio a favor del Derecho penal relegando al Derecho administrativo al pronunciamiento del ámbito penal, porque el Derecho administrativo esta más basado en “criterios de afectación general”, que tiene como finalidad asegurar el funcionamiento general del sector entre el transito social que asegura que éste sector gubernativo no colapse.

Pues si tomamos en cuenta ello estaríamos aceptando, que cada vez que identifiquemos un ilícito penal, esta también se pudiera identificar con una infracción administrativa, por lo tanto nunca se incurriría en afectación del *ne bis in idem*, sancionable por vías distintas, lo que traería que para un tribunal tal vez dicho hechos nunca existieron, y para otro si, o para uno si esta debidamente probado, pero para otro estaría improbadado, lo que el autor pone un ejemplo de la realidad, es en los casos de Homicidio Culposo agravado, del Código penal peruano art. 111, segundo párrafo, donde se señala que para establecer dicho tipo penal, es necesario identificar si el autor estuvo inmerso en bebidas alcohólicas y bajo estado de ebriedad, y una vez identificado ello tendría que corresponderle además de un reproche penal, una sanción administrativa, por infracción vehicular.(NEYRA FLORES, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral., 2010).

El profesor Neyra Flores se pregunta entonces si es necesario multar administrativamente a un individuo cuando su conducta sea reconocida como un presupuesto para que se pueda aplicar el tipo señalado anteriormente en su versión agravada, bajo el argumento que ambas sanciones responden a distintos tipos de exigencia señaladas por la norma, tanto del ordenamiento penal como del ordenamiento del procedimiento administrativo sancionador, señalando el autor que dicha multa devendría en contrario a toda lógica, tal como está señalado en dicho artículo, siendo parte del elemento en un sentido de agravación de la norma en el tipo base en su explicación culposa, todo ello porque en su sentido de identidad de fundamento señala el autor no recoge una exigencia individual por cada particular rama del derecho, sino la imposición y exigencia del “*supraderecho*” lo que debería entenderse como una sobreposición de rebalse del mismo, recogida en el Derecho administrativo sancionador que persigue la conducta infractora y antijurídica realizada por el sujeto. Cfr. (NEYRA FLORES, Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral., 2010).

Esta tercera imposición del principio estudiado, en el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado de la siguiente manera: “(...) *Una vez establecido que la sanción extraordinaria de separación del servicio impuesta al solicitante de amparo no podía traer su origen de la observancia, por su parte, de una supuesta conducta indisciplinada, por más que tal conclusión no fuera infundada a la vista de las distintas faltas que había cometido(...)*”, explica además que si una sanción obedece a la realización de diferentes hechos, que han sido sancionados por la vía ordinaria, expresa que en los casos de gendarmería, una sanción obedece, a una sanción extraordinaria, por una necesidad de protección adicional, justificando en el entendimiento, de que se proteja un interés jurídico distinto al tutelado por una sanción ordinaria. *Cfr.* (Tribunal Constitucional Español, Exp. 20-1994)

Y además: El propio texto normativo destaca el bien jurídico protegido al sancionar los “actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la Institución”. Así, la dignidad de la Institución, basada en la conducta de sus miembros, es el bien jurídico protegido, asociado a la estima, el buen nombre o la reputación, que no son exclusivos de las personas físicas (STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 5). Sin embargo, en la falta muy grave prevista en el art. 9.10 de la misma Ley, “consistente en haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad”, no se especifica explícitamente en la norma el interés jurídico protegido.

Siendo extenso y necesario también manifiesta el Tribunal Constitucional Español declara en cuanto a las instituciones castrenses se les identifica con la buena imagen, buen nombre y credibilidad (referidos a su Guardia Civil), siendo que ello, referenciando a las sanción logran reconducir hacia la buena dignidad que poseen las mismas, y que está comprometida con la sociedad, en su

conjunto de servir de forma objetiva a los intereses sociales, como tarea propia encomendada por la Constitución, todo ello porque tiene que ver con la persecución de los delitos, siendo ellos quien coactivamente exigen su cumplimiento a los demás, por lo que estas exigencias de ámbito sancionador es exigible por la actividad que desempeñan y evitar que incurran en conductas que se suponen están obligados a evitar e impedir por otros ciudadanos, por lo tanto señala el tribunal Constitucional Español ésta exigencia a los integrantes de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de seguridad al aplicar sanciones disciplinarias y además que hayan sido el objeto de una condena penal no se infringiría el *ne bis in ídem* por el especial encargo de sus labores de misión dentro de un ordenamiento nacional. Cfr.(Tribunal Constitucional Español, Exp. 180-2004).

En otra sentencia europea del Tribunal Constitucional Español, expresa que la dualidad de normas, no justifica, que a un sujeto se le imponga una doble sanción, por un mismo hecho, y si esto fuese correcto, el principio *ne bis in ídem*, no tendría mayor alcance, que le haya atribuido el legislador, o la autoridad que estuviera legitimada para emanar dichas normas, entonces en una dualidad de normas, para que sea constitucional y justificar su aplicación, debe ser necesario que el interés jurídico protegido no sea el mismo, que la primera sanción deba salvaguardar, desde la perspectiva dentro de la relación que se establezca entre sancionador y sancionado. Cfr.(STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 5) » Cfr. (Tribunal Constitucional Español, Exp. 236-2007)

Asimismo, se ha podido ubicar dentro del mismo Tribunal europeo, expresa que el origen de una lesión, si existiese, haciendo una referencia a la administración, se debe buscar directamente en la misma norma, para reprochar la transgresión de alguna de estas, y evitar su aplicación desproporcionada o errónea, y encontrar su finalidad o desvirtuar la que no sea suya, por lo que la violación, del principio *ne bis in ídem*, se debe tener presente que las sanciones

reincidan sobre un sujeto, que contenga el mismo objeto, y fundamento. Cfr.(Tribunal Constitucional Español, Exp. 234-1991).

Se expresa además que, si el interés legítimo de toda administración, haciendo referencia al contexto sancionador del aparato administrativo, señala que el deber de la administración es servir a los “intereses generales”, y eso esta, establecido en su propia Constitución, la carta magna española; que creemos es donde El Tribunal Constitucional peruano, extrajo el termino para sustentar la emisión de la STC recaída en el Exp. 2050-2002-AA/TC, pues la constitución española en su artículo 131° inciso 1), señala eso, y que el objetivo que persiguen los entes y órganos que componen la administración pública, para poder obtener su aseguramiento eficaz, y de todos los servicios públicos que brinda, en una comunidad, y que se le encomienda al servidor público, siendo los funcionarios objetos de la disciplina de la administración pública, por el perjuicio del servicio que realice y la naturaleza de este, se analiza, que si la eficacia de los servicios, se ven perjudicadas, por los encargados de llevarla a cabo, la Ley no debe disociarla en cuanto a una sanción, porque la perpetración, señala el Tribunal, afecta el “interés de toda una sociedad”, pues desempeñar una conducta, por ejemplo en el caso de los gendarmes, que ellos deberían reprimir, o impedir, como funcionarios de gendarmería, sigue señalando el tribunal, no infringe el principio *ne bis in ídem*, el que sean sancionados administrativamente disciplinario, y de una irreprochabilidad penal; sin embargo, este análisis, expresa en el extremo de los funcionarios que desempeñan un rol de control interno, y hasta pudiera ser extensivo a funcionarios que desempeña un rol de defensa nacional, pero no habla ni desarrolla, si es extensible dicha aplicación a funcionarios civiles y políticos, por razones de vinculo con el termino denominado “relación de sujeción especial” para que sean aplicable los efectos punitivos, de justificación de sanción de forma dualizada, Cfr.(Tribunal Constitucional Español, Exp. 234-1991).

Ya ampliamente, precedentemente se ha invocado, y observado que en el presente contexto, hay posiciones encontradas, incompletas, ubicando que el bien jurídico protegido es la esencia, de la identidad de fundamento, pero para nuestra posición, consideramos que no sería tan cierto ello, pero si sería una parte integrante de la identidad de fundamento, o tal vez pertenecer dentro de una misma especie o familia, a fin de permitir un claro panorama de poder observar una seguridad jurídica, respecto de los actos que puedan infringir con su conducta, determinadas personas, pues si no se observan directrices que guíen.

No existen parámetros claros para determinar su aplicación en una u otra jurisdicción, ya que, según la interpretación del Tribunal Constitucional peruano, nunca habría una colisión de bienes jurídicos entre diferentes jurisdicciones, como la penal, administrativa o militar-policial, y viceversa. El Tribunal Constitucional peruano debería adoptar criterios basados en el contexto nacional real y establecer las bases para fundamentar este principio, determinando si los bienes jurídicos pueden pertenecer a una misma categoría, compartida con otras ramas del derecho, o si son intrínsecamente incompatibles entre sí.

5. ACTIVIDAD PROCESAL Y MATERIAL DEL *NE BIS IN ÍDEM* EN EL ÁMBITO DE SU DESARROLLO.

La actividad que discurre el principio *ne bis in ídem* y que dio origen al concepto nacional se encuentra en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional español. Este tribunal ha desarrollado los alcances del principio *ne bis in ídem*, el cual hemos adoptado, específicamente el contenido en la STC 2-1981. En esta sentencia, el principio comienza a ser considerado jurisprudencialmente como un derecho fundamental en materia penal y en todas las sanciones emanadas del Estado, ya que la misma sentencia lo declara así en sus fundamentos. El fundamento 4º señala: «El principio general de derecho conocido como *non bis in ídem* implica, en una de sus manifestaciones más conocidas, que no haya duplicidad de sanciones administrativas y penales en los

casos donde se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, a menos que exista una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.) que justifique el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y, a su vez, la potestad sancionadora de la Administración».

Y así fue constantemente elaborando y desarrollando, el principio en diversas sentencias emitidas por ése Tribunal español, las mismas que han sido importadas y aplicadas *ad litteram*, al pie de la letra, bajo siempre, el mismo concepto impedir que por distintos procedimientos se sancione repetitivamente la misma conducta, por más semejante que sea, a fin de evitar la reiteración coercitiva, es decir una sobre-reacción del *IUS PUNIENDI* Estatal, esto en concordancia con el principio de presunción de inocencia, bajo la idea de evitar un doble pronunciamiento, donde en un caso se declare absuelto y en otro se condene la infracción (*problemáticas ya vistas en el sistema anglosajón*), és esta incertidumbre la que se quiere evitar, ésta perspectiva se puede evitar solo de una forma, a través del propio reconocimiento congregado como derecho fundamental, como lo es el principio *ne bis in ídem*.

Todo ciudadano debe tener derecho a que las decisiones de orden público, de carácter sancionatorio por hechos que ya han sido sometidos a juicio, y que forma parte además del derecho a la defensa como parte de un derecho fundamental, intrínseco a la persona humana, porque evita una desproporcionada reacción punitiva, intercede a fin de que determinada sanción legitimada por el aparato estatal, signifique una inobservancia de las garantías de todo ciudadano, que complementa los derechos fundamentales, que limita la coerción del Estado.

6. CONCURRENCIA DE LAS POTESTADES SANCIONATORIAS DEL ESTADO, CON RELACIÓN A LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

El profesor Juan Carlos MORÓN URBINA señala que la potestad administrativa en el ámbito peruano, se ha establecida en la ley N° 27444- Ley de Procedimiento administrativo general, la misma que ha decretado dotar como necesario, dentro de sus capítulos, sentar las bases para el ejercicio de una potestad sancionadora, que pueda ser aplicado por los legitimados dentro de sus funciones en todas las entidades públicas, a fin de imponer las restricciones, limitaciones o cancelaciones, de derechos; como consecuencia y tarea en el buen conducir, de la actividad pública, potenciando una delicada labor y a su vez, estableciendo las bases de la potestad sancionadora administrativa en el Perú. (MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020)

Por otro lado, el autor menciona que dentro de los roles de inspección, y reconducimiento, de los que se encargan de brindar y prestar servicios, así como menesteres de orden de bien público, lo que se pretendía con dicha norma legal, era que se despenalizaría algunos hechos de connotación penal, conduciendo a un incremento de supuestos ilícitos, administrativos, a fuero de los órganos administrativos sancionadores competentes.(MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020)

Puede observarse que, desde aquella época hasta la actualidad la potestad sancionatoria del Estado peruano, era necesaria, para mantener el orden, entre las instituciones públicas, para corregir y adecuar una correcta administración, una apropiada gestión pública a fines con las metas propuestas, en el orden administrativo y todas las demás acciones que absolutamente se relacionen con el orden en el aparato administrativo público, con pautas, a fin de lograr que el flujo de funciones sea el adecuado, entre los miembros que conforman cada entidad, y las pautas coercitivas que ejercen cada institución pública sean las

adecuadas, sobre los miembros que la conforman, debe de ser en ese sentido lo más conveniente, racional y proporcional en su aplicación, para llegar a un valor disciplinario y no arbitrario, sino que seaprevisible entre los administrados e incluso sus integrantes, dándole la legitimidad que contribuya a una forma posible de aplicar la Ley.

Y esto se debe a que según MORÓN URBINA, menciona que se ha creado un exceso en la creación de ilícitos administrativos, que esto llevo como consecuencia a un exceso de punición, como un vicio dentro de la administración pública, al sancionar a cualquier persona, entrando en contravención, con principios como el de legalidad o tipicidad, al exacerbar ilegítimamente la potestad de sanción que tiene toda la administración pública, frente a aquella conducta descrita ilícitamente por los reglamentos normativos, sin considerar, la proporcionalidad que acepta cualquier sistema jurídico en un caso en concreto (MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020).

Es necesaria regulación de las acciones, comportamientos y conductas de los representantes del Estado en su calidad de funcionarios o servidores, y los demás casos que establece el Decreto Legislativo N° 276; las sanciones a estos representantes o integrantes del Estado, debe ser de acuerdo a la gravedad del evento o suceso incorrecto, de merecimiento al imponerle la correspondiente sanción, esto es, de acuerdo a la gravedad trascendente de la infracción cometida, que puede generar hasta un procedimiento sancionatorio sumaria como complejo por la gravedad del asunto, sanciones que van desde una amonestación verbal o escrita, hasta una expulsión del miembro del sistema de la administración pública incluyendo en algunos casos con inhabilitación por algunos años o al extremo de una denominada “muerte civil” a fin, de que nunca vuelva a ejercer cargo alguno dentro de la administración pública, dentro de ello

también están las sanciones pecuniarias contra él mismo, impuesta de forma individual o complementaria a una sanción principal, como otra forma de medida de corrección, todo siempre en un sentido de correspondencia proporcional con el evento contrario al reglamento establecido por la Entidad pública, la misma que tendrá en cuenta lo siguiente y señalado por el profesor MORÓN URBINA:

De tal forma que pueda evitarse un exceso punitivo, y esto a través de la ponderación entre sanción y hecho contrario a la regla de la administración pública, y esta sea adecuada con los, siempre unidos, principios de razonabilidad y proporcionalidad, recalcando la ponderación de atenuantes y agravantes, sin alterar la verdadera existencia o no de una responsabilidad, así el exceso de una sanción sería conforme a la conducta incurrida y esta a su vez que no sea contraria a las normas, y mucho menos un reproche excesivo sino articulada, y evitar la instrumentalización de las sanciones como un uso y abuso de poder, por parte del Estado.

Le agrega el profesor MORÓN URBINA al señalar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico administrativo y los principios ahí establecidos, como el de razonabilidad, logran establecer, cuales son las pautas para la aplicación de una correcta sanción, y el orden por el cual deban de ser aplicadas, ponderándose las mismas, y subsumiendo la conducta, de acuerdo a la gravedad del hecho, y en perjuicio del interés público o bien jurídico protegido, en el que se debe establecer un análisis económico normativo administrativo, de costo beneficio, para la administración pública, a fin de graduar la intencionalidad del infractor, como parte objetiva y constitutiva de la infracción. *Cfr.* (MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020)

Ahora en función a la Ley N° 27444, respecto de la aplicación de las consecuencias por la vulneración de una infracción administrativa, y para la gradualidad de la sanción, se debe complementar, con causales atenuantes y eximentes, de responsabilidad, a fin de que vaya en congruencia con la

proporcionalidad y razonabilidad de aplicación, a fin de limitar el razonamiento mecánico, de aplicación, de la fórmula legal, en su apreciación de los hechos, y darle una valoración, a la medida de aplicación del mandato administrativo de potestad sancionadora de la administración pública, en la subsunción de los hechos, de cada caso en concreto. (MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020)

Es importante destacar que en el ámbito administrativo sancionador, también existen, excesos coercitivos por el Estado al momento de aplicar una sanción, lo que puede llevar a una indebida aplicación del mismo, y los efectos que esa sanción traería como consecuencia para el sujeto, sobre todo para los representantes del Estado, y esto o resalta el Profesor MORÓN URBINA al citar a *MARIENHOFF*, expresando que una desproporción entre sanción y conducta infractora, puede generar la aplicación de una penalidad, que podría resultar excesiva, irrazonable y hasta confiscatoria, como consecuencia de aplicación de dicha penalidad, con montos exorbitantes, como en el caso de las multas. *Cfr.* (MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020)

De una forma u otra se trata de excluir, otro segundo o tercer propósito punitivo del Estado a través de una de las entidades administrativas, cuya función sea la de impartir medidas correctivas, una corrección a fin de reponer o mantener y exigir el correcto cauce de funcionamiento dentro de la misma, por medio y a través de reglas claras y precisas y sin ambigüedades, que pueden ser de alcance general o específicas, y esto lo podemos advertir en el R.N N° 2090-2005- Lambayeque de 07 de junio del año 2006; el cual señala en su fundamento 4° : “(...)el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias

tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica(...)"

Lo perjudicial a cualquier institución pública y a cualquier regla general o específica establecida, relacionada a los deberes de sus integrantes, es traducido mediante la realización de conductas determinadas, que en su contradictorio equivaldría a una infracción del tipo administrativo, y esta debe estar siempre en concordancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar los excesos desmesurados, como en el presente caso, de evitar la doble sanción, a razón de mismo hecho.

Que desborde la propia responsabilidad del infractor, solo así se puede garantizar una seguridad dentro del ámbito administrativo sancionador, o dentro del ámbito penal, según sea el caso, pese que cada ordenamiento tiene y posee diferente protección de intereses, en la irregularidad del propio manejo de la conducta del infractor, supuestos que lo pueden llevar ante 02 formas de reacciones punitivas estatales, sin necesidad de que una enerve a la otra, si se trata de justificar la finalidad distinta de cada ordenamiento, generando una indefensión y desamparo, al sujeto sobre el que recae dicha reacción punitiva.

Además cada ordenamiento, para el caso, cuando se da con fuero penal común o privativo, estos poseen su propio debido proceso o procedimiento, como característica propia y peculiaridad, que se converge en un perjuicio para los derechos del sujeto.

A menos que se demuestre la triple identidad mencionada. Por lo tanto, lo decidido en un proceso penal o en un procedimiento administrativo no está necesariamente vinculado *entre sí, ya que ambos pertenecen a órdenes distintos*. Cfr.(MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020), criterio adoptado en sentencias del fuero privativo.

Si bien es cierto la Ley N° 27444 se regula asimismo y regula las actuaciones en común de las entidades, regula la potestad sancionadora como procedimiento especial, y aplicable a todas las normas de cada sector, para tipificar infracciones y establecer sanciones, también establecen reglas para que estas sean aplicables, una suerte de parte general de obligatoria referencia, aplicable a dichas sanciones, de la administración pública; ahora como hemos visto anteriormente en los pronunciamientos judiciales de los tribunales europeos como el Español, destaca que se considere al *ne bis in ídem* como un derecho fundamental y esta interpretación no es ajena en el Perú, y se encuentra consagrado en la normativa de la Ley de Procedimientos Administrativo General, artículo 248° inciso 11), pero su sola lectura debe ir acompañada de los preceptos constitucionales y los tratados internacionales, sobre la materia, así como jurisprudencias internacionales, a fin de recoger dichos avances jurisprudenciales, y el rol importante de la jurisprudencia nacional que hasta la fecha es escasa.

El principio *ne bis in ídem* busca cautelar una adecuada proporcionalidad de una sanción, en el caso de las personas jurídicas podría ser adecuado y proporcional por ejemplo sancionar administrativamente a la persona jurídica y penalmente a quien lo representa, parece ser una proposición aceptable, pero siempre habrán cuestionamientos, y estigmatizaciones, en un sentido subjetivo, y el actuar o accionar de una persona jurídica puede vulnerar diversas infracciones establecidas en distintas legislaciones, como la ambiental, minera, laboral, salud,

etc., todos tutelan ámbitos distintos, generándose un concurso de sanciones, claro está que el principio *ne bis in ídem* no señala que norma deba aplicarse al caso concreto, identificar el *ne bis in ídem* bajo la causal de identidades de sujeto, hecho y fundamento, hasta la fecha ha generado muchísima controversia.

Como establecer preferencia de una sobre otra sanción, hasta ahora no hay razones jurisprudenciales ni legislativas suficientes sobre ello, aunque hubo algún momento donde la Contraloría imponía sanciones administrativas de inhabilitación, lo que confrontaba a la aplicaciones de sanciones administrativas por el Tribunal de SERVIR, esto concluyo en un desorden con un pronunciamiento de SERVIR a través de su Sala Plena en la Resolución N° 002-2020-SERVIR/TSC, en cual concluía en los fundamentos 30 y 31 que se le daba preferencia a Contraloría, hasta que el Tribunal Constitucional Expediente N° 00020-2015-PI/TC declaró inconstitucional su facultad sancionadora, reenviando a las entidades de origen, donde se hayan producido informes de control y las conductas ilícitas que se hayan producido, y se realicen las sanción de acuerdo a las normas del Servicio Civil.

7. LA AUTONOMÍA DE RESPONSABILIDADES

Entendido, sobre todo para todos los miembros y representantes del aparato estatal, con vinculo tanto en su función de servidores como funcionarios públicos, cuando incurren en responsabilidad, por su inconducta funcional, que puede contravenir, el ámbito administrativo, ordenamiento penal o incluso, extrapenal (civil, laboral, constitucional, privativo militar policial etc.), a través de un desarrollo ineficiente, en su gestión traducido por su acción u omisión, dentro de la administración de su función, generando sobre todo un daño patrimonial al Estado, mediante dolo o culpa según sea el caso, esta autonomía de responsabilidades depende sobre todo, cuando el hecho del acto o los actos

contrarios, que realizara, calzan dentro de una norma penal u otra norma extrapenal o disposición legislativa vigente en virtud del principio de legalidad, como el caso de la Contraloría General de la República, y esto se puede definir incluso en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control Ley N° 27785 el cual señala: la existencia de una responsabilidad, administrativa funcional, una responsabilidad civil, y una responsabilidad penal, señalando que la funcional, es aquella donde están involucrados todos los servidores y funcionarios, que hayan infringido sus deberes establecidos en el ordenamiento administrativo, aún cuando el vínculo laboral se haya extinguido, al momento de su detección, en las acciones de control, destacando además que los servidores y funcionarios también son pasibles de responsabilidad, por una gestión deficiente, en el desarrollo de sus funciones; respecto de la responsabilidad civil desarrolla que esta se da, cuando en el ejercicio de sus funciones, ocasionan un daño de carácter económico, que trae consigo una obligación de resarcir al Estado, por los perjuicios económicos ocasionados al Estado en representación de la entidad, con la que guarda el vínculo funcional, tanto en su acción como en su omisión; en cuanto a la responsabilidad penal, esta se encuentra como tal, cuando la acción u omisión esta estrictamente tipificada como tal en el ordenamiento penal.

Haciéndose un reconocimiento según la norma, de que si hay y existe una autonomía de responsabilidades en su aplicación y cada una con sus propias consecuencias y compatible con la conducta cometida por el representante del Estado, en su condición de funcionario o servidor público, sin perjuicio de que se identifique o se haya una denominada inter-colaboración de forma interinstitucional por cada proceso o procedimiento aperturado, que puede ser usado para sustentar las decisiones que finalmente se traducirán como sanciones, sobreseimientos, archivos, sentencias o absoluciones, que no podrían, presuntamente excluir de responsabilidad al sujeto en uno u otro fuero, a menos que exista una Ley que señale lo contrario, o alguna interpretación que vincule a éstas instituciones en una combinación de determinada sanción y

establezca directrices distintas a las ya interpretadas y existentes, ajenas a todo lo señalado por la doctrina, o la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional peruano expresó esta idea en su STC Exp. N° 885-98-AA/TC, Huánuco, del 26 de marzo de 1999, citada por el profesor MORÓN URBINA y destacada en su libro "Comentario a la Ley de Procedimiento Administrativo General". En dicho fallo, se señala: En cuanto al argumento del demandante de que el proceso penal abierto en su contra por los mismos hechos ha sido archivado y que, por lo tanto, no debería aplicarse la sanción administrativa, carece de base legal. Esto se debe a que, según el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 276, en concordancia con el artículo 153 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, los servidores públicos pueden ser sancionados administrativamente por el incumplimiento de normas legales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civil y/o penal que puedan derivarse. Cfr. (MORON URBINA, Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General, 2020)

8. CONCLUSIÓN PREVIA.

Dentro del presente capítulo se puede observar que las vertientes procesal y material están relacionadas entre sí, guardan un vínculo, el mismo que se debe interpretar de acuerdo a la circunstancia en la que se presenta el hecho, el mismo hecho el cual intenta sancionarse 02 veces, pues no existe aún una clara forma de emplearlo y establecer un destino de su finalidad, sin llegar a desatar una ambigüedad, la jurisprudencia no es clara, nunca lo ha sido, dejó interpretaciones al libre albedrío, embrolladas y confusas, pues esta misma se ha basada en interpretaciones importadas, de otras realidades y contextos que se encontraban en desarrollo, no ha habido un método científico para introducir su particular

aplicación, motivo por el cual, es que aún, **no existe jurisprudencia vinculante sobre el tema**, o no se ha atrevido a realizarlo el legitimado como órgano supremo de interpretación de la constitución esto quiere decir que el debate es real y aún existe como problema.

Al estar aún está presente, y al existir un aplazamiento del mismo, y lo que se espera a través de una *lege ferenda*, o a través de una moderada interpretación acorde a la realidad y a los tiempos, es un pronunciamiento en consonancia con el civilizadísimo principio que a su vez, forma como se reitera anteriormente; es parte de los derechos fundamentales de la persona humana como instrumento del único derecho que le asiste a toda persona humana para su defensa, sobre todo del *IUS PUNIENDI* del Estado, porque sin un derecho de defensa adecuado para ser ejercido, se comete las arbitrariedades de las que él mismo Estado, intenta proteger.

Otra deducción posible, respecto de las multas, cuando son aplicadas de forma concurrente, y conjunta con la pena, es aceptada doctrinariamente como una forma de conservar la vigencia de la norma, sustento aceptado además por la mayor parte de los operadores de justicia.

El no estar sometido a un doble proceso por un mismo hecho, ya está siendo considerando un Derecho, en distintas jurisdicciones, la reiterancia sancionadora del Estado, poco a poco va quedando desterrada como facultad del mismo Estado, pasando de la abstracción a una realidad, sobre todo en los procesos o procedimientos de naturaleza penal y administrativa o viceversa, y en un único proceso, si fuese el caso; siendo entonces que el principio *ne bis in ídem*, es el vehículo a través del cual fluye el derecho inherente a toda persona, que va relacionado con su dignidad, y que va formando parte de los pilares de

todo ordenamiento jurídico a nivel global, y en cualquier sistema de justicia a nivel mundial.

Y esto es entendido y extendido como una configuración, de no ser sancionado de nuevo, por un ilícito o infracción según sea el caso, de modo que el hecho de que una acción, constituya más de una infracción, no es sinónimo, para que el principio aplique sus efectos, sino sobre la relación de ilícitos, que sean perseguidos de manera formal, no de eventos que a primera vista, puedan ser considerados con uno o más delitos, sino que se debe tener en cuenta conforme se ha desarrollado en la presente investigación como un análisis, de que ése acto ilícito pueda contener, comprender o coberturar a los demás “actos”, desconsiderando a los que ligeramente puedan tener relación con el principal del hecho o los hechos cometidos, pues no es sano jurídicamente que con los mismos medios probatorios usados en una jurisdicción o ámbito sancionador pueda ser sancionado en otra, bajo el pretexto de salvaguardar bienes jurídicos o deberes distintos.

Todos los problemas surgen, cuando varios o muchos de los elementos que configuran el ilícito penal o infracción, den la perspectiva que fueran abrazados por distintas manifestaciones del Estado, en el ámbito administrativo, penal y privativo según sea el caso, si se aplica la intervención de esos ámbitos, permisiblemente por una cuestión de identidad de fundamento, como sustento vacío de aplicación, entonces jamás podrá aplicarse el principio.

Presupuesto que no es compartido ni aplicado en todos los sistemas jurídicos; y puesto de manifiesto, no somos un sistema y modelo aislado de los demás, pues como se ha visto hay casos en los que los Tribunales, al señalar la una gran variada y diversa serie de intereses jurídicos protegidos no es suficiente

para justificar sanciones múltiple;y ahora cabe señalar que si comparten acaso lo administrativo, penal, y penal militar policial, en alguno de sus tipos penales o administrativos, confluyen en uno solo, o protegen el mismo bien jurídico, lo cual se debe resolver y establecer una predeterminación punitiva.

Es sumamente cuestionable y discutible las facultades que le otorga el Estado, a sus instituciones encargadas de administrar justicia y el correcto funcionamiento de sus órganos que lo componen, sin aplicar la absorción de uno sobre otro; entendiéndose que los intereses jurídicos protegidos por un Estado, requieran de más sanciones, de más respuestas punitivas del Estado, conforme estas vayan apareciendo, se van a ir aplicando, por ejemplo si un sujeto es sancionado, administrativamente, penalmente y se le otorga facultades a otra institución como la Contraloría para sancionar, el hecho se subsumiría dentro de ése ámbito, solo porque tiene finalidades distintas y protege intereses distintos, y casos donde ni intereses protege, sino se invoca por incumplimiento de deberes preestablecidos legalmente, lo que podría convertir, la identidad de fundamento a un defecto de fundamento imposible de emplear y aplicar, de tal forma que sea subsumible bajo la descripción de una norma penal, que es la de mayor carácter aflictivo impuesto por el Estado, hacia un sujeto por determinada situación u acontecimiento; sin que esa subsunción responda a un carácter de aumento o disminución de mayor rango de penalidad, pues no sería justificable tal situación y mucho menos necesaria sino superflua e inútil, y al contrario implicaría una desnaturalización y alteración del principio en su aplicación; lo que se convertiría en una situación sumamente más grave, que es la que finalmente se quiere evitar.

Es apropiado referirse al caso VAN ESBROECK del Tribunal de Justicia Europeo, en el asunto C-436/04 de 9 de marzo de 2006, que establece que, en caso de discrepancias en la calificación jurídica de un mismo hecho, no se impide la aplicación del artículo 54 del “ne bis in ídem”. Esto se debe a que el criterio de

identidad del interés jurídico protegido puede variar entre Estados, siendo el único criterio válido para la correcta aplicación de dicho artículo el de identidad de los hechos materiales. Estos se entienden como un conjunto de circunstancias concretas vinculadas entre sí, sin importar su calificación jurídica o el interés jurídico protegido. Más tarde, en 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Zolotoukhine c. Rusia*, en el párrafo 82, reafirma que el artículo 4 del “PROTOCOLO NÚMERO 7 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES” debe interpretarse como una prohibición de perseguir o juzgar a una persona por una segunda “infracción” si esta se origina en hechos idénticos o esencialmente los mismos.

CAPITULO III

EXIGENCIAS DEL ANÁLISIS DEL *NE BIS IN ÍDEM* CON OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO.

1. EL *NE BIS IN ÍDEM* Y LA COSA JUZGADA.

Debemos iniciar el presente *ítem* o elemento que forma parte de la presente investigación, citando un párrafo del gran jurista y maestro CARNELUTTI, pues resulta indispensable, sobre todo, si el mismo jurista señala que : *«En efecto, quien lee sin una profunda preparación sus libros, no puede sustraerse a la impresión de un contraste entre la fórmula tradicionalmente repetida de la eficacia erga omnes de la cosa juzgada penal y las explicaciones restrictivas del principio ne bis in ídem o de la exceptio iudicati : siendo lo que MANZINI, entre otros, llama "la fuerza negativa, prohibitiva, ínsita en la autoridad de la cosa juzgada",»*(CARNELUTTI, Cuestiones Sobre El Proceso Penal, 1994).

La idea de que la acción penal se extingue cuando una sentencia es definitiva e irrevocable se basa en la fuerza vinculante de esta sentencia. Sin embargo, si esta fuerza solo afecta a las partes directamente involucradas en el juicio, ¿cómo podemos asegurar que otros casos similares no sean juzgados de manera contradictoria? Por ejemplo, si una persona es absuelta de un homicidio porque se determina que la víctima se suicidó, ¿cómo podríamos luego condenar a otra persona por el mismo homicidio? Para resolver esta aparente contradicción y permitir que el concepto de cosa juzgada evolucione, es fundamental distinguir entre los efectos directos e indirectos de una sentencia. *Cfr.*(CARNELUTTI, Cuestiones Sobre El Proceso Penal, 1994).

Y prosigue el jurista señalando y resaltando que *“(...)Corre de boca en boca entre los penalistas, y hasta de los juristas en general, una especie de proverbio que encontramos repetido no sólo en los libros de instituciones, sino hasta en las más acreditadas monografías”; si, entre otros, MANZINI escribe que la cosa juzgada penal "facitius erga omnes y no sólo Ínter partes" puede él invocar la gran autoridad de ARTURO ROCCO, que emplea en el Trattatodella cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale, la misma fórmula: "en aquel*

(el penal) la cosa juzgada tiene una autoridad absoluta, en éste (en el civil) sólo relativa... El fallo... con el cual se define el proceso (penal); el fallo que pone término a la controversia de orden privado, *facitius modo inter partes* (La sentencia configura *ius* entre las partes y funda la verdad jurídica) (...)»(CARNELUTTI, Cuestiones Sobre El Proceso Penal, 1994), una verdad jurídica, que debe ser extraída con la mayor aproximación posible de la realidad, dentro de un suceso propio de un hecho histórico.

Con criterios de cercanía entre el principio *ne bis in ídem* y el principio de cosa juzgada, ha permitido, que se confunda, y se crea que son lo mismo, vinculándose, por la aplicación de sus consecuencias, sin embargo, más allá de todo ello creemos que es una relación de género a especie, y no de una misma categoría principal del derecho, pues el *ne bis in ídem*, abarcaría no solo áreas como el derecho penal o administrativo sino cuando estas, se dan de forma dualizada o simultanea, dentro de su propio ordenamiento y desenvolvimiento, desprendiéndose el *ne bis in ídem* no solo al pronunciamiento en el tiempo, a través de una resolución, sino también en la persecución múltiple sin pronunciamiento, sobre el hecho, valga decir más supuestos de aplicación, a fin de instaurar la solución más noble, al caso puesto a su disposición, en forma de derecho fundamental contra el *Ius Puniendi* estatal.

El principio de cosa juzgada, en cambio descansa, en una declaración emitida por un juez, u autoridad competente, a fin de irradiar su efectos, hacia otros mecanismos de persecución múltiple, reconociéndose una formalidad, emanada por el magistrado encargado de juzgar, como requisito indispensable para su aplicación, hallándose a su vez el límite, por el cual difunde esos efectos, que son expresados de forma positiva o negativa, probada o improbada, a otros casos que pretendan reabrirse, lo que ya ha sido materia de aplicación normativa, conforme lo establece generalmente un juez, en la forma y modo expresamente reconocido por la ley de la materia, sin el cual, no surtiría efectos en el tiempo y

espacio, donde se desenvuelva, acorde con los mecanismos que tiene, para permanecer en el tiempo al ser más aún declarado consentido.

La Jurisprudencia, en la CIDH ya ha señalado las reglas para una correcta aplicación de estos principios como son la cosa juzgada y el *ne bis in ídem*, pronunciándose a través del Caso Almonacid Arellano Vs Chile, señalando en el fundamento 154 en concreto distingue que, el principio de "*ne bis in ídem*", aunque es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es absoluto y no se aplica en ciertos casos. Estos incluyen situaciones en las que: i) el tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional lo hizo con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no se llevó a cabo de manera independiente o imparcial conforme a las garantías procesales debidas; o iii) no hubo una intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

Agregando además que si existe una sentencia con pronunciamiento dentro de los parámetros anteriormente expresados se produciría entonces una cosa juzgada aparente o incluso fraudulenta; y en el siguiente fundamento expresa que si aparecen nuevos hechos o incluso pruebas que permitan identificar a los responsables que hayan realizado distintas violaciones de los DD.HH y sobre todo a quienes hayan procedido a realizar o motivar a la realización de delitos de lesa humanidad, posibilitando reabrir investigaciones, aunque hayan concluido anteriormente en una sentencia absolutoria y que se encuentre e calidad e cosa juzgada.

Debatiendo y poniendo la CIDH a relieve que si una causa llevada a las cortes que no guardan custodia de las garantías de competencia y de imparcialidad e independencia, no pueden sustraer o apartar a quienes presuntamente resulten responsables por acción de la justicia y dejar un delito en impunidad, y utilizar el principio *ne bis in ídem* para auxiliarse y dejar de establecer justicia a actos determinados antijurídicamente y sobre todo de lesa humanidad.

Debemos agregar además, que tenemos que los pronunciamientos europeos, un claro ejemplo de ello lo tenemos en el Tribunal Constitucional Español señala que la cosa juzgada se da:

En los casos en que se anula una sentencia penal absolutoria, permitiendo un nuevo juicio, el Tribunal observa que se trata de un doble enjuiciamiento, independientemente del resultado final. En estos casos, se puede impugnar directamente la anulación de la sentencia mediante un recurso de amparo sin que esto implique un incumplimiento de los requisitos de agotamiento de vías judiciales. Alternativamente, se puede esperar a que se dicte una nueva decisión y, si esta también es absolutoria, no se incurrirá en extemporaneidad (STC 149/2001, de 27 de julio). *Cfr.* (Tribunal Constitucional Español, Exp.131-2018).

2. EL *NE BIS IN ÍDEM* Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.

En el EXP. N° 0016-2002-AI/TC de 30 de abril de 2003 el Tribunal Constitucional peruano respecto a la seguridad jurídica se pronuncia de la siguiente forma:

Indicando primero que la Constitución política del Perú, no reconoce el principio de seguridad jurídica como tal, por lo tanto si establece que éste es de rango Constitucional, a fin de establecer la predictibilidad de las conductas y sobre todo la de los poderes públicos del Estado, frente a cada supuesto que ya haya sido determinado por el derecho, a fin de consolidar la interdicción de la arbitrariedad cualquier supuesto, basado ello en una Sentencia del Tribunal Constitucional Español, que define a la seguridad jurídica como una “*expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho (STCE 36/1991, FJ 5)*”, a fin de evitar perturbaciones ilegales mediante una predecible reacción del *Ius Puniendi* estatal y así reafirmar el *status quo* de lo ya preestablecido, o en todo usar lo preestablecido para realizar cualquier modificación si la previsión legal lo amerita o lo exige en concordancia con las demás normas y principios que coadyuven a su resolución.

La seguridad jurídica es un principio fundamental que debe estar presente en todos los ordenamientos jurídicos, incluida la Constitución, y precisa ser especificado en las decisiones constitucionales del intérprete de la Constitución. Esto se refleja en el artículo 2, inciso 24, párrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"). También se observa en el artículo 2, inciso 24, párrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"). Además, el artículo 139, inciso 3, establece que, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación".

A todo ello podemos ver que ante la inexacta imprecisión de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano, que permite una libre interpretación del

principio *ne bis in ídem*, de manera superflua, ha permitido una estigmatización de aquellos sujetos que posean un vínculo sobre todo con el Estado, sin que se respeten las garantías que les asisten de forma individual deshumanizándolas, y dando paso a una posible arbitrariedad y consecuentemente a una inseguridad jurídica, segregando, su aplicación racional de acuerdo a derecho, ignorando la dogmática que permite afianzar el principio, y por lo tanto desencadenando crisis entre los operadores de justicia,

siendo que la seguridad jurídica es una garantía, mediante el cual, cualquier ciudadano podrá saber, cuales serian las consecuencias de ser sometido al *IUS PUNIENDI* del Estado, y a penas que no pudieran ser admitidas por los ciudadanos. *Cfr.* (MIR PUIG, INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL, 2003).

De ahí que el *IUS PUNIENDI* estatal a través de la seguridad jurídica, establece y asegura una cohabitación entre esa facultad del Estado y las garantías que le asisten a cada ciudadano, la seguridad jurídica es el mejor comprobador de una estabilidad jurídica entre éstos términos; garantizando una mejor realización y evitando cualquier arbitrariedad, comprobando los parámetros de valoración en cualquier conflicto importante, evitando cualquier discrecionalidad de forma excesiva pero tampoco limitada, prediciendo un razonable argumento con coherencia para alcanzar justicia; sin prolongaciones innecesarias y sin temores; pues sin seguridad jurídica crea una expectativa de impunidad, pues cualquiera podría violar la Ley.

Sin seguridad jurídica el Estado no puede alcanzar los fines deseados, pues al no generar las condiciones necesarias para un juicio de previsibilidad, sobre las consecuencias futuras de lo que puede pasar y esto a su vez genera temor en todo nivel social, de forma directa o indirecta, al ver conculcados sus derechos fundamentales como las del principio *ne bis in ídem*, al ser de imposible

aplicación, y en desigualdad de condiciones frente al *IUS PUNIENDI* estatal y sin posibilidad de ejercer un adecuado derecho de defensa, o siendo limitadas frente a esta reacción punitiva del Estado, por la conjunción de 02 o más procesos o procedimientos sancionatorios.

La seguridad jurídica es muy importante desde mucho tiempo atrás, a fin de que se cumpla o se haga cumplir la Ley, si esto no sucede, no puede haber previsibilidad de las acciones que realice un sujeto y al no haber previsibilidad, esto puede traer como consecuencia la corrupción de la cual hasta la actualidad esta enquistada en el aparato estatal, pues no se resolvería conforme a derecho sino al libre albedrío, y esto es claramente devendría en arbitrariedad utilizada por los encargados de establecer justicia dentro del aparato estatal.

Siendo un deber del Estado, establecer en la medida posible su aplicación para reducir las brechas de incertidumbre en su realización; el principio señalado, debe garantizar y marcar las pautas para que no cualquier acto genere inestabilidad, sino componga rectitud, por cuanto es justo y necesario que responda a las actuales exigencias político social de las realidades en la cual se desenvuelve la sociedad y las personas, prevaleciendo a fin de satisfacer a las partes mismas, ése interés que las sociedades e incluso de los intereses privados solicitan establecer, y con una perspectiva jurisprudencial llana y de protección con confianza y al alcance general de interpretación en términos de justicia para los operadores, e impuesto para el correcto funcionamiento de las instituciones al momento de ejercer sus atribuciones y reiterando que sobre todo el destinatario quien a su vez es el público en general, pueda predecir dicha situación.

3. EL *NE BIS IN ÍDEM* Y EL BIEN JURÍDICO.

Conforme se va llevando, el desenvolvimiento de la presente investigación nos encontramos con más juristas que consideran que el presupuesto de identificar un bien jurídico determinado con una sanción no es de manera absolutamente correcta, algunos opinan, que: así, para Rey Guanter, es suficiente imponer una sola sanción para proteger un bien jurídico, ya que imponer dos o más sanciones no incrementa la finalidad preventiva de la sanción administrativa y no proporciona una mayor protección al bien jurídico. Cfr. (CANO CAMPOS, Non Bis In Idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo Sancionador, 2001).

Muchos autores coinciden en lo mismo, el concepto de bien jurídico, según Hernán HOMAZABAL MALARE, señala que éste concepto, fue vinculado por FEUERBACH al Derecho penal, con el objetivo de salvaguardar y defender los derechos subjetivos de los ciudadanos, pero fue BIRNBAUM, quien sostenía que éste derecho subjetivo se concretaba a través de algo material y ése algo material es un “bien”, desde ese momento en el derecho penal se tornó fundamental para establecer, que bienes deberían ser protegidos y en que forma el Derecho penal debería darles esa protección; Cfr. (HORMAZABAL MALAREE, 1992).

De igual manera Raúl GONZALES SALAS-CAMPOS en su obra “La teoría del Bien Jurídico en el Derecho penal, del año 2001, señala que la idea de bien jurídico fue acuñada por BIRNBAUM, en el siglo XIX, pero le agrega que fue Karl BINDING quien lo presenta desde una perspectiva formal-normativa-lógica, y VON LISZT le da otra perspectiva desde el punto de vista positiva-naturalista-sociológica.

Observando lo anteriormente señalado por los autores, podemos ver que es histórica tal denominación, sobre todo para el Derecho penal, pues todo gira en torno a ello, la subjetividad de la norma penal, la objetivada, la conducta prohibida, está enfocado hacia una transgresión del bien jurídico, su función es importante hasta la actualidad, pues no existe norma penal que no proteja algún bien jurídico, es vital en toda norma, el pilar que sostiene la norma penal, no hay interpretación alguna que no tenga en cuenta este presupuesto, constituye una garantía en la interpretación del tipo legal, en la medida que se encuentre como base de la estructura del tipo penal, para descifrar la norma penal, o lo que quiso decir el legislador al crear dicha norma, todo con la finalidad de poder determinar si realmente existió o no existió violación al mismo.

Ahora el bien jurídico va relacionado y encadenado al principio de lesividad no hay mayormente una sin otra, pues para el presente caso es muy importante, ése nexo, esa estrecha relación para la realidad actual, al sistematizar con lo apreciado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código penal el cual señala que: *“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro, de bienes jurídicos tutelados por la ley. “Sin pretender extenderme en el tema, lo que dicta este principio penal es que un hecho es punible en la medida que el hecho haya producido una efectiva lesión al bien jurídico protegido en la norma penal”*

El Tribunal Constitucional peruano lo menciona también a través del Expediente N°0006-2014-PI/TC en su fundamento 43° desarrolla que finalmente, es importante señalar que el bien jurídico penal actúa tanto como un mecanismo de limitación como de legitimación de la intervención penal. En cuanto a la limitación, el bien jurídico requiere que la ley penal solo describa conductas merecedoras de pena, ya sea porque lesionan bienes jurídicos o los ponen en peligro. En el primer caso, la punibilidad se justifica por el daño o lesión

al objeto de protección penal, mientras que en el segundo caso, basta con la probabilidad de un daño o lesión, es decir, se exige solo la amenaza o peligro de lesión al bien jurídico penal. En cuanto a la legitimación, el bien jurídico tutelado proporciona la base para justificar una prohibición o mandato de carácter penal.

En ese sentido, dentro de una sociedad, regida por principios, como fuente de regulación para la convivencia entre sujetos que ha decidido formar parte de una sociedad, y el desarrollo de la persona en si misma a través de las relaciones sociales, a fin de que cada individuo pueda conducirse con libertad en armonía con las libertades de los demás, era necesario para llegar a esto, crear a través de figuras penales los límites para esa conducción, mediante el derecho penal, cuyo objeto de protección son denominados bienes jurídicos, y su esencia, es lo primero que se tiene en cuenta antes de conceptuar la norma, y esto es transmitido por el legislador a través de una norma, adecuada para el estado de derecho, basado en criterios científicos de observación en el interés social y por resguardar determinados valores, que van desde el desarrollo de la vida hasta la dignidad humana, manteniendo un espacio de desenvolvimiento adecuado de cada uno de sus integrantes, y edificando un mejor camino en valores, y así establecer la razón fundamental de una norma.

El bien jurídico, en un Estado de derecho sobre todo social y democrático, es por naturaleza el bien jurídico; él *ítem* que ocupa un lugar muy importante y sobre todo en el derecho penal como garantía, que expresa condiciones necesarias en la realización de todo ser humano, y como se ha expresado anteriormente valores que la sociedad busca proteger a fin de establecer un adecuado sistema de convivencia; pues como decía Karl BINDING: *«el bien jurídico debe reflejar todo lo que a los ojos del legislador tiene, como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, valor para la misma, intentando éste protegerlo por medio de*

sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas»(BINDING, 2009).

ROXIN a manera de corolario nos dice que existe una leyenda en Suiza sobre un gobernador de apellido GESSLER; quien ordenó a los habitantes de un pueblo que inclinasen su cabeza hacia un poste en cuyo extremo colgaba un sombrero, el cual representaba su persona, es ahí donde el personaje de Guillermo Tell hace su aparición y decide no rendirle alegoría alguna a dicho sombrero, siempre apresado y obligándolo a disparar con una ballesta a una manzana colocada sobre la cabeza de su hijo, siendo que lo logra con éxito; al terminar la historia Guillermo Tell, mata a Gessler y huye del lugar; éste ejemplo es utilizado por el jurista Claus ROXIN para recordarnos que no se puede exigir a las personas que no se puede obligarlas a reverenciar un símbolo cualquiera, bajo amenaza de sanción alguna, pues ellos ni sirve a la libertad de los individuos en un Estado liberal ni a la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios. Cfr. (ROXIN, DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I, 1997) Y Cfr. (VON SCHILLER, 1990).

4. EL *NE BIS IN ÍDEM* Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Es un principio muy importante, que lo podemos encontrar ligado formalmente, al artículo 12° de la Declaración de Deberes y Derechos del Hombre y el Ciudadano, en el que se señala que: *“La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito”*, el principio de proporcionalidad, es un principio que también sirve como garantía para la persona dentro del derecho del Derecho, y sobre todo en aquellos procedimientos que concluyen con una sanción, que trata de

representarse, como la herramienta más útil para quienes apliquen el derecho y se representen una mejor idea basada en equidad, a fin de evitar cualquier facultad coercitiva y desmedida mucho menos innecesaria acentuando que el Tribunal Constitucional peruano, para establecer un valor de justicia, para valorar conductas infractoras, siempre debe tener en cuenta dicho principio, por ejemplo tenemos el caso Magaly Medina, el cual el TC en su STC del Exp. N° 6712-2005-HC/TC de 17 de octubre de 2005 señaló en su fundamento 50 que:

“(...) a través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada. (...)”.

En ese juicio de valor que realiza un juez, así como el legislador al establecer una norma, debe estar siempre orientado a obtener resultados, basados en criterios para valorar la conducta infractora e imponer sanciones que estén en armonía con las actuaciones lesivas y no excesivas ni desmedidas.

El Tribunal Constitucional peruano, también lo ha señalado a través del Exp. N° 0012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006, la proporcionalidad es un principio fundamental en todo Estado Constitucional, ya que permite controlar las acciones de los poderes públicos para proteger los derechos fundamentales y otros bienes de carácter constitucional. Este principio está establecido en el artículo 200° de la Constitución peruana. En la práctica, la proporcionalidad busca crear una armonía sistémica en la organización del Estado y el sistema jurídico. De esta manera, se limita el poder de los poderes públicos para evitar que sus acciones perjudiquen los derechos fundamentales de las personas. El

fundamento 33° de la misma sentencia reitera la importancia de la proporcionalidad. Este principio debe ser tenido en cuenta por el legislador cuando quiera limitar cualquier derecho fundamental al establecer sanciones. También debe ser considerado por los jueces, especialmente en el ámbito penal, al momento de aplicar una pena, medida de seguridad o cualquier otra restricción o consecuencia accesoria de un proceso coercitivo. El objetivo de la proporcionalidad es garantizar que las decisiones de los poderes públicos sean idóneas, necesarias y ponderadas en relación con la evaluación de la conducta que ocasiona una lesión al bien jurídico tutelado. En resumen, la proporcionalidad es un mecanismo esencial para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales y limitar el poder de los poderes públicos en un Estado Constitucional.

El profesor URQUIZO OLAECHEA señala en su libro “La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, da a entender que: El principio de proporcionalidad y la culpabilidad penal son conceptos distintos que operan en niveles diferentes, sin contradecirse ni negarse entre sí. El principio de proporcionalidad abarca todas las etapas del proceso punitivo, desde la creación de la norma hasta la ejecución de la pena, asegurando que las sanciones sean adecuadas y justas en relación con la gravedad del delito y las circunstancias del caso. Por otro lado, el principio de culpabilidad se aplica concretamente a un caso específico, obligando al juez a determinar si el comportamiento antijurídico puede ser atribuido penalmente al individuo. Si se establece esta atribución, se puede fundamentar la punibilidad del acto. Ambos principios, aunque distintos en su aplicación y alcance, son esenciales para garantizar un sistema de justicia penal equitativo y efectivo.

En el Código Penal peruano, el artículo VIII de su Título Preliminar, señala lo siguiente: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho.*

(...)”, muchos autores y juristas peruanos señalan que ahí se encuentra en el ámbito penal el principio de proporcionalidad, sin embargo, se aprecia que hay una prohibición de la sanción penal en exceso, extralimitado y desproporcional, cuando la responsabilidad del autor exceda lo predeterminado en el tipo penal, como consecuencia de sus actos o acciones en el contexto externo de la realidad, dicho principio sirve tanto para controlar al operador encargado de atribuir una pena o sanción, a fin de que impida una excedente y desmedida sanción, así como también evite la insignificante y mínima aplicación, en cuanto a la responsabilidad del hecho, porque los límites son desde ambos extremos, mínimos y máximos; lo que debe tener en cuenta para ello de agenciarse de diversos criterios establecidos en ley, tal como en el código penal señalando:

“Artículo 45.- *El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente; 2. Su cultura y sus costumbres; y 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende”;* **Artículo 46.-** *“Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: 1. La naturaleza de la acción; 2. Los medios empleados; 3. La importancia de los deberes infringidos; 4. La extensión del daño o peligro causados; 5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; 6. Los móviles y fines; 7. La unidad o pluralidad de los agentes; 8. La edad, educación, situación económica y medio social; 9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño; 10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y 11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente. 12. La habitualidad del agente al delito. 13. La reincidencia. El juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima” ;* **Artículo 46-A.-** *“Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto*

activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible”.

(...)

Artículo 46-B.- *“El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”; y el* **Artículo 46-C.-** *“Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”*

En consecuencia, para que exista una adecuada forma de imponer una sanción, como lo establece la ley y en este caso el ordenamiento penal, u otro ordenamiento jurídico o administrativo, en su actuación, en su deber de sancionar un hecho contrario a las normas o reglas, para justificar su finalidad, no solo basta que el hecho se adecúe al tipo sino que deben influir principios como el de

proporcionalidad para que sea, cual sea, la medida que adopte, esta debe ser necesaria, moderada y equilibrada, sujeto a las garantías establecidas, y en su ejecución, con las concernientes limitaciones pertinentes, para que su aplicación sea determinada y predictiva y previsible.

Sin necesidad de una restricción de todos los derechos propios e intrínsecos a todo ciudadano, de esa forma se evita y se previene una sobrerreacción del *IUS PUNIENDI* estatal, y genere un sentimiento o resentimiento de injusticia e indignación que congoja de manera interna a la colectividad y esas ganas de querer tomar la justicia por su manos y así evitar aplicar normas radicales de la antigüedad como el adagio de HAMMURABI “ojo por ojo, diente por diente” y : «(...) *este proceso, junto a sus luces, en términos de una mejor adaptación de los sistemas jurídicos a las exigencias de unas sociedades en constante transformación, comporta las sombras de su coste en erosión de la seguridad jurídica* »(PEREZ LUÑO A. E., 2007)

Al tocar el tema el Tribunal Constitucional Español en la STC N° 154/1990 en su fundamento jurídico nro. 3 Señala que la reacción punitiva del Estado debe estar en conformidad con el hecho típico delictivo, y su consecuencia penal debe ser “autosuficiente” señala además dicho tribunal, que siendo la aplicación de otra reacción punitiva, a través de una pena, sobre un mismo hecho, esto puede romper o estaría rompiendo la proporcionalidad, porque se establecería una sobrerreacción punitiva en perjuicio del condenado al infligirse desproporcionadamente una sanción a una infracción cometida por el sujeto.

Entonces se debe entender que el principio garantista de proporcionalidad trata de proteger y de que se respete, al igual que otros principios del Derecho,

pero teniendo como pilar fundamental sobre todo a la dignidad humana, a fin que no sea ése el objetivo del *IUS PUNIENDI* del Estado, a fin de que la persona humana no sea tratado como un objeto y objetivo mismo del estado, por debajo de la protección de un bien jurídico a través de una norma sancionadora, no se trata de proteger a un bien jurídico por encima del ser humano, sino de mantener entre otras cosas, la evitación de una humillación personal y lograr reglas de interpretación claras, puestas a disposición de la interpretación jurídica profesional de los operadores de justicia, con previsibilidad, pues las normas emanadas por el legislativo sobre todo en estos casos, deben ser sometidas a un escrutinio estricto para su aplicación, pues toda norma busca un fin y siempre será la de servir a la sociedad de forma adecuada y determinada, no de estar por encima de ella, perdiendo su naturaleza y hasta terminando siendo inconstitucional como consecuencia; por no cumplir con el objetivo racional y razonable, porque si se diera ello, esta terminaría siendo ilegal, y arbitrario; pero esto puede tener solución siempre en cuando los fines políticos vayan en concordancia, con los fines nacionales y con los de una seguridad jurídica que fortalezca las instituciones creadas para dicho fin; este plan o esta pequeña regla funciona para todos los principios, si el fin político es contrario a los fines de los principios del Derecho, entonces esto provocaría serios daños que implicarían efectos diversos, como el rechazo de la sociedad por la marginalidad hacia unos y sobre todo restringiendo el *status* de los derechos propios de cada persona como tal, y sobre todo porque las consecuencias de la gran carga emocional, la sufriría aquella persona que recaiga sobre ella la morosidad del desarrollo de varios procesos en su contra y más aún si estas terminan con una sanción efectiva en contra de su libertad y de los fines propios de la pena misma como resocialización, reeducación y rehabilitación.

5. EL *NE BIS IN ÍDEM* Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Mucho se ha señalado sobre el vínculo que existe entre el *ne bis in idem* y el principio de legalidad en la que presuntamente se haya como pilar para su sostenimiento, pero no resulta tan cierto pues si el Estado, a través del legislativo dictara, como se ve en la actualidad legitimidad a cada ente para que se cumplan con las exigencias de su finalidad como institución como la Contraloría, fuero privativo etc., por medio del principio de legalidad todas estas se deberían cumplir, y se legitimaría y posibilitaría la acumulación en una sola persona de diversas sanciones o conjunto de ellas, violando visiblemente otros principios como el de proporcionalidad, y otros valores y principios paralelos, e incluso puede generar problemas en la aplicación y cumplimiento de las mismas que necesitarían interpretación en base a otros principios, como en un concurso aparente de normas o leyes, cuya única solución sería la especialidad, o la consunción, generando riesgos de exposición a una desproporcional aplicación del *IUS PUNIENDI* ejercida por el Estado, introduciendo la arbitrariedad por la sobre criminalización de comportamientos.

En lo que PÉREZ MANZANO nos señala que: la intención de mantener un único derecho bajo un conjunto homogéneo de condiciones genera serias distorsiones que, a mi juicio, son insalvables. Específicamente, argumenté que la prohibición del doble proceso está vinculada con la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, todos componentes del derecho a un proceso con todas las garantías. Por otro lado, la prohibición de la doble sanción, aunque también relacionada con el derecho a la legalidad penal, se fundamenta principalmente en el principio de proporcionalidad. Mientras que el doble proceso se centra en asegurar que nadie sea juzgado más de una vez por el mismo hecho, garantizando así la estabilidad y predictibilidad del sistema legal, la doble sanción aborda la necesidad de que las penas sean justas y no excesivas, asegurando que el castigo impuesto sea proporcional al delito cometido. Ambos aspectos, aunque distintos, son cruciales para la integridad y justicia del sistema legal. Cfr. (PEREZ MANZANO, 2018).

El autor anteriormente mencionado señala que son las diferentes lógicas de aplicación, las que imponen, un tratamiento, de modo que desdobra esa decisión de aplicación en el tratamiento de los procedimientos con base a los fundamentos que le otorga como prioridad, poder coberturar un derecho propio para tutelar de forma efectiva, un interés protegido, lo que deja en indefensión en un proceso que de estar con todas sus garantías, que son fundamentales para ejercer su derecho. *Cfr.* (PEREZ MANZANO, 2018).

Asimismo, el autor señala que es relevante que un órgano sancionador, se avoque en un primer término, y sobre todo con preferencia a uno de orden penal, que deba subsumir y asumir los hechos puestos a su disposición, a fin de que se logre reunir o no los elementos propios constitutivos de un delito, agregando que el procedimiento administrativo debería de suspenderse mientras dure el proceso penal, siendo que al ser paralizado el orden administrativo sancionador, permitiría que no se quebrante el principio de legalidad sancionadora, y esto traería como consecuencia una solución constitucionalmente relevante, en la potestad punitiva sancionadora del Estado, conforme al orden jurisdiccional penal, y como se ha señalado anteriormente, ya se deja establecido si los hechos se dan por probados, improbados, existentes o inexistentes. *Cfr.* (PEREZ MANZANO, 2018).

Esto se ve plasmado también a través de la STC español N° 380/2003. El alcance transnacional del derecho español, en relación con el *principio ne bis in ídem*, dependerá de una clarificación de sus fundamentos, permitiendo así una interpretación racional del texto. Hasta ahora, el Tribunal Constitucional no ha abordado este principio en el contexto de sentencias extranjeras. Sin embargo, en el ámbito interno, el Tribunal ha sostenido consistentemente (véase, por

ejemplo, STC 159/1985) que un doble enjuiciamiento y sanción dentro del mismo orden y por el mismo hecho constituye una infracción del principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución Española. Esto implica que para asegurar una aplicación coherente y justa del principio ne bis in ídem a nivel internacional, es necesario que los fundamentos del derecho español sean claramente definidos y entendidos. Cfr. (Tribunal Supremo Español- Segunda Sala de lo Penal., STS-380/2003).

Pero se ha observado que el tribunal Constitucional español también tiene sus propias contradicciones, pues señala que la prohibición de un nuevo enjuiciamiento, no puede ser vinculado con el principio de legalidad, y tampoco constituirá una aplicación retroactiva de la ley, y mucho menos contraviene la *lex praevia, lex scripta, lex certa o lex strcita*, por lo que su aplicación no siempre se debe deducir, de la afectación en lo más mínimo, pues un nuevo enjuiciamiento no contraviene de forma suficiente, la legalidad de la determinación, de su vinculación con otro enjuiciamiento. Cfr. (Tribunal Supremo Español- Segunda Sala de lo Penal., STS-380/2003)

6.- CONCURSO DE DELITOS

Dentro de las consecuencias de la pena por el delito, para determinar, la existencia de pluralidad de los mismos, se tiene en cuenta de manera obligatoria ciertos criterios, que puedan señalar los parámetros aplicables a cada delito y su correspondencia con la expansión de la aplicación de la pena, y el juzgador se conduzca con prudencia ante la existencia o pluralidad de hechos o no al momento de resolver, un supuesto factico en uno o varios tipos delictivos, y así aplicar un correcto marco de pena.

Distinguiéndose los concursos de leyes o concurso aparente según sea el caso, siendo la discusión el tipo legal correcto en aplicar y sancionar sobre la base de un hecho factico realizado, que no implique un castigo por un hecho no realizado o como el principio de culpabilidad señala, solo es sancionable lo realizado o dejado de realizar según sea el caso, pero a cada hecho que se pueda calificar como delito debe seguirle una pena ("*quot delicta tot poenae*"), pero no se debe castigar el mismo hecho más de una vez ("*non bis in ídem*"). Este principio es fundamental para garantizar la justicia y la equidad en el sistema penal. Sin embargo, algunas teorías que intentaron definir la unidad de hecho o conducta basándose en la determinación de la unidad de acción o en el conteo de resultados han violado manifiestamente el principio non bis in ídem en casos concretos. Estas teorías no lograron respetar la prohibición de doble enjuiciamiento y sanción, lo que resultó en un castigo múltiple por el mismo hecho, contraviniendo el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Es esencial que el sistema penal mantenga una interpretación coherente de estos principios para evitar injusticias y garantizar que cada delito reciba una única pena adecuada. Cfr. (CAVALLERO, 1996).

6.1.- CONCURSO IDEAL

En el código penal peruano, nuestro ordenamiento ha desarrollado en el artículo 48° que el "*Concurso ideal de delitos*", se da "*Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años*";

Entonces la materialización de una acción que genera una cadena de hechos delictivos, en la que tiene como objetivo un solo fin, por parte del sujeto activo al vulnerar o dañar un bien jurídico determinado por el autor, siendo los

demás solo accesorios al mismo, con lo cual solo se da la existencia de un solo hecho; tal como lo establece las doctrinas hasta la fecha y que datan desde el siglo anterior basándose:

Como señala CAVALLERO el exigir la imposición de una pena, en la que el hecho pueda calzar varias configuraciones típicas de un delito o falta, con la finalidad de ser sancionado necesariamente, y con la problemática de determinar respecto de la pluralidad de encuadres típicos de un solo hecho, ese concepto está definido en “una conexión medio-fin”, dado que la consolidación de hechos a pesar de varias tipificaciones delictivas, siendo el autor como fin de aplicación del medio empleado, es el que debe prevalecer sobre cualquier otro encuadre donde debe calzarse, para que sea efectivo, con ocasión del hecho en una unidad de múltiple cobertura haciendo referencia a las tipificaciones que pueda recaer sobre ésta y así llegar a la *"unidad de fin del autor"*» Cfr.(CAVALLERO, CONCURSO DE DELITOS, 1996)

6.2.- DELITO CONTINUADO

El código penal peruano en su artículo 48° señala como *“Delito continuado” “Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distinto”*.

Define al delito continuado, determinando componentes y requisitos en la ejecución del acto y la amenaza a un bien jurídico unitario, señalando la conexión que existe en el tiempo, dirigido a un solo deseo, un solo objetivo, alcanzar un solo propósito, pero con una continuación en el dolo, ejecutándolo de manera parcial con el fin de darle continuidad, haciendo una dependencia de acción hasta el final de su objetivo, que se agotaría cuando el bien protegido haya sido vulnerado totalmente o se sostiene que el delito continuado es simplemente la descripción de una situación en la que se enfrenta una pluralidad de hechos que, en última instancia, apuntan a la realización de un único tipo delictivo. Esta opinión se ve fuertemente respaldada por la doctrina mayoritaria, que argumenta que en el caso concreto debe existir la lesión o el peligro de un único bien jurídico, y solo una vez. Así, si entendemos que este bien jurídico está protegido por una norma específica, es lógico que su lesión sea abarcada por esa misma norma, independientemente de que se realice en etapas. Esta perspectiva asegura que la protección del bien jurídico sea coherente y evita la fragmentación del análisis delictivo en múltiples infracciones independientes, promoviendo una aplicación más justa y racional del derecho penal. *Cfr.* (CAVALLERO, CONCURSO DE DELITOS , 1996)

7.- LA JUSTICIA PENAL PRIVATIVA- MILITAR POLICIAL

La Constitución Política del Perú, legitima a través del “*Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”, estableciendo una sujeción de policías y militares a la justicia castrense, por la protección de bienes jurídicos colectivos de origen castrense o relacionado a ello, como la disciplina, obediencia etc., estableciéndose además

de un respeto por los derechos humanos de cada uno de sus integrantes, a fin de garantizar y mantener indemne el cumplimiento de la misión, de las FF.AA y PNP, orientados a garantizar la independencia, integridad y soberanía territorial de la nación, como lo establece la Constitución.

Es crucial, dado la naturaleza de sus actos, que se realice una clara separación de competencias para los órganos especializados del Estado, como el Fuero Militar Policial. Esto permite que el Estado, a través de este órgano judicial, asuma la instrucción de causas con connotaciones criminales, con el objetivo de resolver las controversias en ese ámbito con justicia. Se le otorga autonomía para ejercer la jurisdicción en exclusiva, respetando todos los principios del derecho y del ordenamiento procesal penal aplicable en el fuero ordinario, pero exclusivamente para delitos de función, según lo establecido en el artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

La historia de la jurisdicción especializada en lo militar y policial en Perú se remonta a finales del siglo XIX, originándose desde el período virreinal cuando se aplicaban las Ordenanzas del Rey Carlos III de 1786.

7.1 EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN MILITAR

El Código de Justicia Militar de 1898, que estuvo vigente durante 41 años, marcó un hito en la organización y legislación de la jurisdicción militar peruana. Sus disposiciones han tenido una influencia significativa en los códigos militares posteriores, especialmente en la tipificación de los delitos militares.

Algunos ejemplos de esta influencia son:

- Segundo Código de Justicia Militar (1939): Promulgado durante el gobierno militar del General Oscar R. Benavides, este código conserva muchas de las disposiciones del Código de 1898, particularmente en lo que respecta a los delitos militares.

- Tercer Código de Justicia Militar (1950): Promulgado durante el gobierno militar del General Manuel A. Odría, este código también mantiene gran parte del contenido del Código de 1898, incluyendo la tipificación de delitos militares.
- Cuarto Código de Justicia Militar (1963): Promulgado durante el gobierno del General EP Nicolás Lindley, este código se promulgó junto con la primera Ley Orgánica de la Justicia Militar. En este código, se observa nuevamente la influencia del Código de 1898 en la tipificación de delitos militares.
- Quinto Código de Justicia Militar (1980): Promulgado durante el gobierno del General de División EP Francisco Morales Bermúdez, este código fue adaptado a la nueva Constitución de 1979. A pesar de los cambios, este código aún conserva elementos del Código de 1898, especialmente en materia de delitos militares.

En la actualidad, el Código Penal Militar Policial (D. Legislativo 1094) rige las conductas de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú. Este código, si bien ha sido actualizado, aún conserva algunas disposiciones que se remontan al Código de Justicia Militar de 1898.

En resumen, el Código de Justicia Militar de 1898 ha tenido una influencia significativa en la evolución de la legislación militar peruana, especialmente en la tipificación de los delitos militares. Su impacto se puede observar en los códigos militares posteriores, incluyendo el Código Penal Militar Policial vigente en la actualidad.

El Doctor Cesar San Martin Castro, en el 2008 en un anuario sobre temas penales, se pronunció que era necesario establecer las reformas necesarias a la justicia privativa en el Perú, y esto responde a la democratización del proceso de juzgamiento penal, dentro de las instituciones de las FF.AA y PNP, y que se adapte a los principios y garantías, de un Estado de derecho, en concordancia

con los principios que rigen las obligaciones internacionales de tratados sobre los derechos humanos, que el Estado peruano ha asumido, a través de un compromiso; los mismos que deben ser asumidos en todos los niveles del poder estatal, y los organismos autónomos con jurisdicción propia como lo es el fuero privativo. *Cfr.* (San Martín Castro, 2008).

Asimismo, señala que las directrices destacadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cumplimiento de los roles establecidos por los organismos estatales, que han sido asumidos por el Perú, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales, que son puestos a evaluación, y valoración por los tribunales privativos, por lo que es un deber, ante la comunidad internacional establecer que los derechos humanos están garantizados en esos tribunales, otorgándoles una aceptación, por recoger los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando su doctrina jurisprudencial, sobre asuntos de su competencia en la justicia militar y policial, así como tomar los pronunciamientos, del tribunal Constitucional peruano, y de la jurisdicción ordinaria. *Cfr.* (San Martín Castro, 2008).

Asimismo el Maestro José HURTADO POZO señala sobre la justicia privativa que, este tipo de delitos, los sujetos afectados por esta competencia, son aquellos que se encuentran vinculados con el orden interno, y la defensa nacional, en actividad, y a partir de ello son los únicos que pueden configurar el tipo penal, y su tipo del injusto está relacionado o asociado con los deberes exclusivos propios de las instituciones, que le son exigibles, en el cumplimiento de su obligación. *Cfr.* (HURTADO POZO, 2001)

7.2 EL DELITO DE FUNCIÓN

Son aquellos delitos, que le son atribuibles a los militares o policías, en el cumplimiento de su deber, regulada en el código penal militar policial en su art. II del TP, de la siguiente forma: “*toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización operatividad o funciones de las FF.AA y PNP*”, son muchos los delitos de función que sanciona este código, entre ellos podemos señalar:

Otros tantos tipos delictivos como la traición a la patria, que lo establece tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, sancionando con penas de hasta 30 años, como también la imposición de una cadena perpetua, su normativa se encuentra sustentado en la Constitución, delimitando materialmente su jurisdicción, en el art. 173°, otorgándole facultad de estimar en sus tribunales todos los delitos de función, en las que incurran aquellos funcionarios que forman parte activa de las FF.AA y PNP.

Dentro de sus tipos legales, se puede observar como título el desarrollo de delitos contra la seguridad, señalando que estos tipos se pueden identificar como los de rebelión, conspiración, falsa alarma, etc; asimismo, establece los delitos que se pueden identificar con la violación de información como puede ser la infidencia, el ultraje de los símbolos patrios, posesión de información no autorizada, o que sean cometidos en un estado de excepción, también se atribuyen los delitos relacionados con los servicios de seguridad, que van referidos con los puestos de vigilancia, y los servicios propios de guardias, o el

delito propio de deserción, también aquellos delitos que van relacionados con la conducta, de sus integrantes, y que son sancionados como delitos según sea su gravedad, tales como el insulto al superior, la insubordinación, o las omisiones de deberes, como el abandono del cargo referido al comando que se le ha asignado, y lo más importante también sanciona los excesos en el ejercicio, y sobre todo cuando afectan bienes vinculados a las instituciones militares y policiales.

7.3 LOS INTERÉSES O BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS O TUTELADOS EN EL FUERO PRIVATIVO MILITAR POLICIAL.

En la jurisdicción privativa, uno de los bienes o intereses jurídicos más representativos es la disciplina, siendo la piedra angular, por cual se rigen y se vinculan las relaciones castrenses, sosteniendo así, hasta la actualidad, derivando de ello, los demás bienes jurídicos que protegen, vinculados con su operatividad, con su propia organización, con la finalidad que persiguen, el servicio que realizan, y las misiones que cumplen, siendo que su conducta incurriría en ilícita cuando, realicen una ineficiente función, o incumplimiento de ello, o la realización de alguna extralimitación dentro de sus funciones, o la omisión de ello, con la realización de algún fin delictual, en perjuicio de los intereses institucionales. (ARAUJO CALDERON, 2013)

8.- CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE EL FUERO MILITAR POLICIAL Y EL FUERO ORDINARIO O COMÚN.

Concretamente éste tema trata sobre el avocamiento de un caso, cuando se advierte de manera simultánea que dos o más jueces tienen conocimiento de un mismo hecho, considerándose competente para el conocimiento de dicho caso,

en el caso del fuero privativo debe tener en consideración para considerar su competencia el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial (en adelante CPMP), el cual establece que: *“El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional”* como anteriormente hemos señalado, y el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29182 - Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, que prevé : *“El Fuero Militar Policial, es un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial. Es competente únicamente para juzgar los delitos de función”* y el numeral 1, del Art. 185° del CPMP, dispone que: *«Cuando el juez militar policial toma conocimiento de que otro juez del fuero común también conoce del mismo caso sin que le corresponda, de oficio o a petición de parte y en el término de dos días, solicitará la remisión del proceso (...).»*.

El trámite señalado por la norma, indica que se debe adjuntar copia de las piezas procesales, y dentro del trámite procesal, el juez requerido mantiene firme su competencia, se encara de forma el cuaderno que corresponda con los actuados respectivos, para que puesto a disposición del Tribunal Supremo del FMP, quienes en el plazo establecido por norma, deberá remitir los actuados que ha formado, a la Corte Suprema, adjuntando en ello, el informe que corresponda, en el cual deba sustentar porque debe ser competente para ello; a fin de que la Corte Suprema, emita el pronunciamiento definitivo.

Uno de los casos emblemáticos más conocido sobre contienda de competencias entre el Fuero privativo y el Fuero Común es el caso del integrante FAP TIP Víctor Ariza Mendoza donde:

La Corte Suprema de Justicia, a través de la SALA PENAL PERMANENTE en la CONTIENDA N° 37 – 2009 LIMA de 08 de febrero de 2010; presidida por el

Juez Supremo Cesar San Martin Castro, entre un tribunal privativo y un juzgado penal, se dio en el caso del “espía”, miembro de la FAP, en la cual se discutía que los hechos atribuidos a este sujeto, por su conducta de “espía” al brindar información a naciones extranjeras, conducta que fue tipificada como Traición a la patria, en la modalidad de revelación de secretos nacionales, la Corte Suprema se pronunció de la siguiente manera:

La jurisdicción privativa, se encargaría de conocer en el extremo de los delitos relacionados o vinculados con la defensa nacional, en su modalidad de traición a la patria, la misma que conocía el juzgado y la fiscalía del fuero privativo, en contra del Técnico FAP Víctor ARIZA MENDOZA, en agravio del Estado, y representado por la procuraduría de la FAP.

Un fiscal penal militar-FAP denunció a Víctor ARIZA MENDOZA por el delito de Traición a la Patria. La denuncia se presentó en el expediente 31001-2009-0166 y se abrió una instrucción por vía ordinaria. Se le acusó de violar el artículo 66° numeral 3 literal c) y el artículo 67° del código privativo vigente en ese momento, en agravio del Estado-FAP. Se emitió una orden de detención contra el Sr. ARIZA MENDOZA.

Sin embargo, el fuero común también podría tener jurisdicción sobre este caso. El Ministerio Público, a través de sus fiscalías contra el crimen organizado, también podría tener competencia para investigar los hechos realizados por el Sr. ARIZA MENDOZA. Estos hechos podrían incluir la revelación de secretos nacionales y el delito de lavado de activos, en perjuicio del Estado. Además, podrían estar involucrados otros ciudadanos de nacionalidad extranjera, quienes podrían ser acusados de instigación o complicidad en los delitos del Sr. ARIZA MENDOZA.

En resumen, existe una disputa sobre la jurisdicción en este caso. El fuero militar y el fuero común podrían tener competencia para investigar los hechos realizados

por el Sr. ARIZA MENDOZA. La decisión final sobre quién tendrá jurisdicción dependerá de las autoridades judiciales.

Agregado a lo anterior se tiene que un juzgado de la Corte de Lima, se avoco al caso, abriendo instrucción, contra el mencionado Técnico FAP, como presunto autor del delito contra la Defensa Nacional, en la modalidad de revelación de secretos nacionales, y espionaje en agravio del Estado, y contra los ciudadanos mencionados anteriormente por el representante del Ministerio Público, en su requerimiento.

Llevado el caso a la autoridad de la Corte Suprema, esta se pronunció en el considerando CUARTO, señalando que la jurisdicción privativa, ante los hechos presentados a su jurisdicción, y que estos habían sido subsumidos a los artículos 66° y 67° del CJMP, bajo el tipo legal de Traición a la patria, al atribuirle colaborar para favorecer al enemigo (otra nación), respecto de cualquier tipo de procedimiento, información, o asunto, etc, o que haya realizado reunión o explotación con ese fin.

Asimismo, resalta lo establecido en el artículo 67° del CJMP, bajo el *nomen iuris* “traición a la patria en tiempo de paz” precisa: “Los supuestos del artículo anterior, en los casos que no exista guerra exterior, ni conflicto armado internacional, serán sancionados (...)”, a fin de establecer, cuales son los tipos legales de la jurisdicción privativa, que se le esta imputando al Técnico FAP ARIZA MENDOZA, por los actos realizado, sustentado su competencia de tal forma, que pueda ejercer la valoración de los actos de investigación y actos de prueba, sometidos a su valoración, para que finalmente pueda emitir pronunciamiento,

respecto a ello; en su potestad jurisdiccional, conferido por la Constitución política del Perú, y conforme a su ley orgánica y código sustantivo penal militar policial.

Por otro lado, la Corte Suprema establece que en el ámbito penal de la jurisdicción ordinaria, los hechos en cuestión están encuadrados en el Título XV, que trata sobre los Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional. Esto incluye el artículo 330, que se refiere a la revelación de secretos nacionales, y el artículo 331, que aborda el espionaje. Según esta interpretación, se le atribuye al acusado la revelación o el acceso a secretos que afectan al interés nacional a favor de un Estado extranjero, ya sea por beneficio personal u otros motivos.

Tal como se observa en el presente artículo 331° del Código penal determinando que : *“El que espía para comunicar o comunica o hace accesibles a un Estado extranjero o al público, hechos, disposiciones u objetos mantenidos en secreto por interesar a la defensa nacional, será reprimido...”*.

Al tener a valoración las posiciones del fuero ordinario y del privativo la Corte Suprema realiza una compulsa, y en base al artículo 173 de la Constitución que le otorga legitimidad al fuero privativo, para establecer los objetivos que persiguen, desde un punto de vista tanto material como subjetivo, manifestando que la justicia privativa comprende exclusivamente materia relacionada con el ámbito de las FF.AA y PNP, según también lo establece su ley Orgánica, argumentando que el hecho delictivo debe estar expresado en su normativa de forma taxativa, de acuerdo al código de la materia, en concordancia con el principio de legalidad,

Además del principio de legalidad se tiene en cuenta que para resolver la competencia, se debe tomar al principio de especialidad como una regla más de

interpretación y resolución, de manera determinante para el caso, observando la Corte Suprema una superposición del fuero privativo pero señalando que es solo de mera parcial entre los tipos legales del fuero ordinario o común y del fuero privativo respectivamente, pero debido a focalización de la protección típica representaría un caso especial del tipo especial inclinado hacia el fuero privativo, de interpretación más teleológica y sistémica frente a los tipos legales del fuero común, precisando aún más el hecho, que el tipo legal señalado en el fuero común, lo que caracteriza y circunscribe más los términos militar- secreto militar- agente en actividad- y sobre todo con ocasión del servicio al cual se desempeñaba el militar.

Siendo que el tipo señalado en el código privativo, lleva incluido, mas elementos del hecho que el tipo delictivo del fuero común, y ello conllevaría a un mejor enjuiciamiento que refuerza la disciplina castrense al ser juzgado por un Juez de orden castrense y sobre todo por la repercusión y consecuencia además del mensaje que tendrá dentro de toda la colectividad de las fuerzas armadas y fuerzas policiales por los hechos que enervan el ordenamiento propio de una institución jerarquizada y sobre todo por la función delicada que cumple y que deben hacer cumplir entre sus miembros.

La Corte Suprema, al pronunciarse se debe observar y señalar que no realizó una corrección de la tipificación en el ámbito privativo o castrense con la del fuero ordinario ni trato de explicar si se trataría de un probable concurso aparente de leyes o si se trataría de un concurso ideal de delitos señalando que no es un ámbito pertinente de un conflicto de jurisdicción, pero señala que adicionalmente si hay un delito que le corresponde al fuero común, en razón al lavado de activos, tipo legal que no está dentro del código privativo, y bien jurídico que no es protegido institucionalmente por las FF.AA y PNP, y que debe ser llevado por el fuero común vale decir a la justicia penal del fuero ordinario.

Finalmente, se resolvió la competencia para el conocimiento del fuero especializado, imputando al Técnico FAP Víctor Ariza Mendoza el delito contra la Defensa Nacional en la forma de Traición a la Patria durante tiempo de paz, conforme al numeral tres, literal c) del artículo 66 y el artículo 67 del CJMP. Esta imputación fue realizada en perjuicio del Estado, representado por la procuraduría de la FAP, y se asignó el caso al Juzgado FAP de Lima. En consecuencia, se declaró SIN EFECTO el procesamiento penal en el ámbito de justicia ordinaria contra el mencionado imputado por delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, específicamente Atentados contra la Seguridad y Traición a la Patria, en las formas de revelación de secretos nacionales y espionaje, en perjuicio del Estado.

Se ordenó que el 58° Juzgado Penal de Lima continúe con la investigación del delito de lavado de activos imputado al Técnico FAP Víctor Ariza Mendoza. Además, se dispuso que este juzgado se encargue del proceso iniciado contra D.M.T. y V.V.R., quienes están acusados de instigación contra el Estado y de atentar contra la seguridad nacional mediante la revelación de secretos nacionales, causando perjuicio al Estado. Esta resolución asegura que los casos sean gestionados por el tribunal correspondiente, conforme a sus competencias y especialidades. Cfr. (Contienda N° 037-2009- de 08.02.2010).

9. EL TERMINO “SUJECCIÓN ESPECIAL” Y SU RELACIÓN CON EL *NE BIS IN ÍDEM*.

El origen de la relación especial de sujeción se remonta: « (...) y *forma parte de la teoría constitucional del Estado y de la administración, de finales del siglo*

XIX (Laband, Otto Mayer). En contraposición a la relación de sujeción general, que comprendía a cualquier persona respecto de sus derechos y obligaciones generales, la relación de sujeción especial concernía a las relaciones específicas entre el Estado y el ciudadano que se constituían mediante la integración (forzosa o voluntaria) en determinados ámbitos de la administración (escuela, centros penitenciarios, otros establecimientos públicos relación funcional, servicio militar) (...).»(MAURER, 2012)

Fue Paul LABAND un catedrático de Derecho Público Alemán quien acuñó el término en Europa, denominándolo de “sujeción especial”, fue otro de los términos importados y difundidos en el sistema del *Civil Law* que se extendió rápidamente, para definir y señalar el vínculo que posee los representantes del Estado, con él mismo; hablando de forma genérica, existen diversas formas de relación que da paso, a la asignación de mandos y deberes, con diferentes variables, de acuerdo a la posición que ocupa el funcionario o servidor público, con los demás, en una suerte de relación que obliga una sumisión con el Estado y entre sus integrantes, a fin de que éste pueda ejercer su soberanía, en concordancia con los derechos de los administrados y demás ciudadanos; el Tribunal Constitucional español ha señalado y admitido el término sujeción especial señalando que :

Asimismo se entiende que hay dentro de la naturaleza de la sujeción especial, relaciones de sujeción general y otra de naturaleza especial, pero no se precisa, cual sería la distinción, de aquella, con la naturaleza del acto administrativo, y dejar posibilidad para que el acto cometido pueda ser susceptible de incidir sobre los derechos del administrado, y las actividades de profesión realizadas conectadas con el hecho y con el riesgo de lesionar alguno o varios derechos fundamentales. Cfr. (Tribunal Constitucional Español, Exp. 61-1990).

La relación o vinculación de sujeción especial se enmarcaba en lo que se consideraba el ámbito interno de la administración, y por lo tanto, se consideraba libre de regulación jurídica externa: esa era la esencia de la figura. De este modo, se lograba el siguiente resultado: aunque el establecimiento de una relación coactiva de sujeción especial ciertamente requería un fundamento legal, las relaciones específicas que surgían de esta relación se encontraban al margen de los derechos fundamentales y de la reserva de ley, así como de la protección judicial. En virtud de su propia autoridad, el Ejecutivo tenía la facultad de emitir las regulaciones que considerara necesarias para manejar estas relaciones, sin estar sujeto a las restricciones impuestas por los derechos individuales o el sistema judicial. Esto implicaba un grado significativo de autonomía administrativa en la creación y aplicación de normas dentro de su ámbito de competencia. Cfr. (MAURER, Derecho Administrativo Aleman, 2012).

La correspondencia entre la relación especial de sujeción que tienen todos los funcionarios o servidores públicos con el Estado, se da en el sentido o en el extremo de cuanto mayor rango o jerarquía posee con el Estado, mayor es la intensidad con la cual tiene arraigada el vínculo con el mismo, y esto se traduce que las sanciones generalmente para estas personas en más intensa, a diferencia de otros de menor rango o jerarquía y esto se debe que las responsabilidades y decisiones son mayores con el aparato estatal, según sus propias disposiciones.

Por lo tanto esta relación de sujeción especial es una obligación de la persona con el Estado, tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos que realicen dentro del flujo y serie de actos que se realizan dentro del él, y de las facultades y atribuciones que le son encomendadas, por el aparato estatal, y esto incluye acciones y omisiones, y responder directamente ante la autoridad competente por su comportamiento, que puede ser ejercido por cualquier

ciudadano, reiterando entonces el término “sujeción especial”, es el termino con el cual se vincula un ciudadano que dejar de ser ciudadano común a uno que ostenta un status especial de deber con el Estado; y que incluso pueden formar órganos propios independientes con otros colectivos paralelos, pero que siempre tendrán ese vínculo sin el cual no podría considerarse como funcionario o servidor público, como los militares, policías, médicos y demás funcionarios que integran el aparato estatal en su tarea de imponer su soberanía en un determinado territorio.

« (...) La noción en sí de relaciones de sujeción especial es un concepto complejo, a pesar de la dificultad de sintetizar aquello que constituye una relación de sujeción especial no por ello se debe dejar a un lado la existencia de una teoría general de esta institución (...)».(GARCIA MACHO, 1989).

La doctrina trata de justificar, estableciendo factores de justificación de la misma a fin de construir un argumento válido para la aplicación de la vinculación de un individuo con el Estado a través de la “sujeción especial”, a fin que precise una relación causal entre el individuo y al responsabilidad que tiene a través de la relación con el Estado, esa funcionalidad procedería a poder establecer situaciones de acuerdo a la categoría y característica del colectivo e individuo que tiene con el Estado, entonces el vínculo sujeción especial, es la telaraña por la cual la Administración pública, une sus vínculos entre todos los miembros del aparato estatal en la inserción dentro de su organización administrativa.

En el Tribunal Supremo Español en el caso recaído en la STS 6727/1997, de 28 de julio de 1997, fundamento jurídico N° 05 afirma que: que la jurisprudencia constitucional española, en esa sentencia ha

pronunciado y emitido que si bien es cierto que el principio *ne bis in ídem* se encuentra inmerso de forma implícita en el artículo 25.1 de su constitución, no opera supuestos, donde se haya una “supremacía especial”, que justifique el *Ius Puniendi* estatal, en su manifestación a través de los tribunales penales o de un procedimiento administrativo sancionador, por lo tanto no tiene justificación esta potestad coercitiva cuando, el reproche penal o administrativo, por un mismo hecho vinculado a una sola persona, y que este ventilado en un tribunal administrativo como penal, por la “cualidad funcional”, pueda afectar e impactar la esfera tanto en lo personal, como en su calidad de funcionario.

El profesor MORÓN URBINA menciona que un administrado se encuentra en estado de relación de sujeción especial, y esta sometido a soportar, los niveles más altos, de la potestad administrativa sancionadora del Estado, por el orden, por el cual se debe manejar la administración pública, y sin ese privilegio de orden establecido, no sería capaz de organizarse, y ello explica porque existe y se sustenta una normativa, que disminuya las garantías inherentes al sujeto funcionario o servidor público, y es por el predominante deber de cargar con las obligaciones que el estatuto de cada institución pública establece, y así lograr obtener un orden jerárquico, que es necesario para lograr una subordinación entre quienes lo integran. *Cfr.* (MORON URBINA, Comentarios a La Ley del procedimiento Administrativo General, 2017).

El Tribunal Constitucional Peruano también se pronuncia sobre el término de relación de “sujeción especial”, en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, fundamento 05, invocado ya muchas veces, evocando en su considerando que las leyes y reglamentos, haciendo referencia a la normativa de la PNP, y de las FF.AA, si bien es cierto son instituciones que se encuentran

legitimadas por la constitución, ni tampoco que los regímenes que regula su conducta, no están exentos de regulación singular, por la disciplina que se rigen en la FF.AA y PNP, y en virtud del artículo 168° de la Constitución, sobre los principio especiales a los que están sometidos aquellas instituciones.

La disciplina es el núcleo alrededor del cual giran las relaciones internas de subordinación en estas instituciones, un concepto que continúa desarrollando el Tribunal peruano para lograr una organización estrictamente jerárquica. Esto implica que los derechos de los subordinados deben adaptarse a las particularidades de esta estructura jerárquica. De manera similar, el Tribunal español ha señalado que la subordinación jerárquica, junto con la disciplina, son los valores fundamentales que sustentan el procedimiento disciplinario. Este procedimiento, por su propia naturaleza, no puede someterse a las mismas garantías procesales que un proceso judicial común. En consecuencia, el procedimiento administrativo sancionador se caracteriza por su rapidez y eficiencia, en contraste con los tribunales ordinarios, que siguen un ritmo más lento y detallado en sus procesos. Esta diferencia subraya la necesidad de un enfoque ágil para abordar las cuestiones disciplinarias dentro de una estructura jerárquica. Cfr. (Exp. N° 2050-2002- AA/TC).

Siendo que el Tribunal Constitucional peruano también reconoce la sujeción especial como vínculo particular de aquellos que tienen una relación con el Estado, tanto en materia disciplinaria correctiva, así como lo es en el ámbito del fuero privativo militar policial, con un tratamiento muy particular a diferencia de aquellos con los que no posee una relación consustancial, intrínseco e inherente con el mismo Estado, sometiéndolos a sus reglas justificando su reacción punitiva frente a las infracciones cometidas por ellos, como una suerte de autotutela propia de la administración, manteniendo su facultades disciplinarias y de auto-ordenación, dentro de la organización, a

fin de asegurar el prestigio y el correcto y establecido funcionamiento de los servicios que ofrece a fin de garantizar el bien común, como parte objetiva y primordial dentro del Estado.

El Tribunal Supremo Español ya se pronunció en su STS N° 5201/2005 de 04 de julio 2005 en su fundamento jurídico N° 08, al respecto sobre los colectivos castrenses, a fin de regular la actividad tan importante y sensible que realizan, señalando que en aplicación de procedimientos disciplinarios estas personas que están sujetas a instituciones castrenses, desempeñan un papel fundamental y cuyo servicio se requiere, que ellos mismos no incurran en lo que ellos mismos están obligados a impedir, o proteger, y que esa reprochabilidad penal, esta legitimada para ser sancionada administrativamente, por lo tanto no se vulneraría el principio *ne bis in ídem*”

Asimismo el Tribunal Supremo Español señala que si hay un paralelo entre un procedimiento disciplinario y otro en el ámbito penal, el primero debe suspenderse, hasta que se resuelva el proceso penal, Cfr. STS 8583/2000 de 26.10.200 F. J. N° 02.

Habiéndose observado distintas sentencias en Tribunales peruanos y extranjeros, se puede señalar que hay una ligera relación de mantener en vigencia la sujeción especial, pero señalo especial, con la finalidad de justificar su aplicación y desvirtuar la vigencia de los derechos fundamentales de también personas, que sea cual sea su connotación no se le puede despojar de los derechos fundamentales que les asiste a todo ser humano como tal, asimismo irrenunciables, la Administración pública el Estado en general, no puede dictar cualquier norma y simplemente

deshabilitar la inherencia que le atañe a cada persona como sujeto de derecho, bajo la denominada connotación de “sujeción especial” y no puede dejarla al margen al Derecho, y es de interés muy importante para la doctrina establecer que conducta es sometida a una esfera administrativa disciplinaria o penal o penal militar policial, evitándose así una desproporcionalidad y desmedida aplicación del *IUS PUNIENDI* del Estado y sobre todo del margen de los derechos fundamentales que asiste a todas las personas.

10. MULTA y el *NE BIS IN ÍDEM*

Las multas como sanción solo tratan de constreñir al individuo infractor a llevarlo a cumplir a con determinada conducta, guiada por un deber establecido siempre en una reglamento o una norma; es una medida que a un ciudadano en particular se le impone si obstruye lo que ordena cualquier norma o regla por su actuar contraria a la misma, se caracteriza por no castigar al individuo solamente, obligarlo a que realice determinada conducta a fin de mantener un orden de las conductas tanto de las personas como de los bienes colectivos de propiedad estatal.

Generalmente son pecuniarias; el mismo Código penal peruano establece en su art. 52° que: *“en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres”*, el código además señala que es una adición a la pena privativa de libertad cuando se imponen de manera concurrente

o simultánea, a fin de mantener la vigencia de la norma infringida y destinada a ser aplicada, cuando el procesado dentro de su capacidad económica, está en posibilidad de afrontarla, siendo la multa una parte del arsenal punitivo que posee el Estado a fin de evitar la imposición de otras penas mucho más graves, como privativa de libertad, con las finalidad de reprimir aquellas conductas, contrarias al Derecho, siendo practicas formas de reconocer una eficaz y coherente forma de reprimir a los infractores, sobre todo en delitos denominados de “vagatela” o faltas y sanciones administrativas; las multas no tienen el mismo carácter de intensidad que las penas, las multas siempre tendrán una intervención menor en los derechos fundamentales de las personas, hallándose así, una de las características más importantes de diferenciación.

CAPITULO IV

CONCEPCIÓN O POSTURA PERSONAL

1. CONCLUSIONES GENERALES DE CADA CAPÍTULO

Desde la antigüedad, e históricamente se ha presenciado que el principio *ne bis in ídem*, o *non bis in ídem* ha tomado un papel muy importante en la defensa de los derechos y garantías que le asisten a toda persona humana, desde los libros antiguos judeo-cristianos, pasando por el derecho romano donde se evidenciaba claramente que ante la entrega de abundantes leyes, estas podrían generar contiendas entre ellas mismas, y aplicar puniciones graves o más graves que la anterior, en su aplicación con el ciudadano; en la actualidad, éste principio no ha sido ajeno al desarrollo del hombre en la sociedad y al desarrollo de nuevas y modernas figuras procedimentales sancionatorias, como aspecto negativo, y sobre todo en la legislación nacional peruana, fortaleciendo descontroladamente tendencias político criminales populistas, donde el propósito

es que los sujetos imputados sean estigmatizados por los duros procedimientos sancionatorios nacionales, obviando y dejando de lado las políticas prevencionistas, establecidas en pactos y Tratados internacionales; que direccionan el correcto desarrollo y funcionamiento de una adecuada política criminal y de la administración de justicia; lo que va generando un clima de inestabilidad y desconfianza perdiendo estabilidad social, encumbrando al Estado a una pasible arbitrariedad, por la falta de adopción de mecanismos adecuados de interpretación, como lo determinan los marcos legales internacionales para la justicia, paz y el orden.

La única forma de evitar criterios genéricos, embrollados, y direccionados de acuerdo a los delitos que puedan cometer un sujeto, es continuar a las pautas de estos organismos internacionales y las pautas actuales, y los programas que han desarrollado a fin de unificar concienzudamente criterios, los mismos que se deben establecer a través de leyes y normas, pero actualmente se puede observar que tanto en la legislación peruana como en la jurisprudencia hay una falta de interés, y ello conlleva a una ausencia de instrumentos legales para prevenir este tipo de arbitrariedades, y los riesgos de ser objetivo del IUS PUNIENDI estatal y delimitar o aclarar de forma tuitiva que los bienes jurídicos protegidos individualmente o en colectivo no es la única instrumentalización posible para soslayar el *ne bis in idem*, siendo muy criticable, y esa es una razón muy fuerte y más que suficiente, para que el Estado Peruano ponga atención en la difusión y correcta aplicación de dicha garantía, a razón de poder expandir la prohibición no solo en los hechos sino además, hacia los sujetos, como una suerte de unidad de imputación, tratándose de personas jurídicas y sus titulares sobre todo por los derechos reconocidos en los mismos, como ha entablado el Tribunal Constitucional, basados en la libertad de asociación.

Se puede concluir también que, se toma en cuenta en la realidad; que la identidad de fundamento, es la única causa de exclusión de una doble

persecución, pero dicho parámetro genérico ciertamente nunca se cumpliría, pues como hemos reiterado a lo largo de todo el trabajo de investigación en los procesos administrativos, no protegen o amparan bienes jurídicos que si protege el derecho penal común, así como tampoco protege los bienes jurídicos protegidos por el fuero privativo militar policial, ninguno de ellos protege nada del otro; razón por la cual nunca se aplicaría el principio *ne bis in ídem*, ni sus efectos, mucho menos sus alcances.

La importancia de aplicación del principio y sus efectos en otras áreas del derecho, evitaría la posibilidad de una segunda sanción y la prohibición de un segundo proceso o procedimiento, pues un solo pronunciamiento al absorber e integrar las anteriores brindaría estabilidad, coherencia de las decisiones y resoluciones dictadas, evitando dar por ciertos algunos hechos como sucedidos y en otra jurisdicción como no sucedidos e incluso pronunciamientos contradictorios de distintas competencias jurisdiccionales, conformándose un enunciado valido y moderado para el respeto de la propia dignidad humana, el debido proceso y el derecho de defensa.

2. IMPORTANCIA SUSTANCIAL DE LA POSICIÓN PERSONAL

El Estado actualmente no puede ser indiferente y ajeno a lo que ocurre, en el contexto internacional y las problemáticas así como criterios que vinculen una adecuada interpretación del principio *ne bis in ídem*, donde tratan de imponer correctas y adecuadas acciones avanzadas y sofisticadas en virtud y eficacia de la esencia misma del *ne bis in ídem*, y dispersar toda duda e incertidumbre frente a ella, y en las múltiples reacciones punitivas del Estado, frente al autor de dicho acto ilícito, en cuyo propósito sería (Estado) de legitimar sus efectos originando diversos procesos formalizados de sanción, resultando abiertamente ajeno a las garantías y derechos existentes, en la sociedad en base a unapolítica criminal

populista en vez de garantista, y una teoría jurídica funcionalista moderada, como directriz y parte medular del ordenamiento jurídico así como político criminal, evitando así normativizar cualquier instrumento o procedimiento técnico legal inadecuado y contrario a la realidad, pues el exceso de legalidad al final produciría un caos para los mismos operadores de justicia que se encargan de su aplicación.

Debiendo el Estado enfocarse en los aspectos de prevención que de reacción, generando así confiabilidad, seguridad jurídica y otros componentes fundamentales como la previsibilidad, como exigencias propias en un sistema de prevención y evitar tantas sanciones especiales de carácter punitivo que incorporan a un solo sujeto como responsable de la comisión de un evento delictivo, sin soslayar los pronunciamientos de órganos internacionales que ven la identidad de fundamento, del bien jurídico de forma soslayada y adyacente o como parte adecuada de solución de acuerdo al contexto de la realidad de los hechos o alternativa de solución discutible, y esto se ve reflejado en el acuerdo de SHENGEN, previsto como una singularidad pero no imperioso u omnímodo.

CONCLUSIONES

1. Esta controversia de competencia entre un ordenamiento jurídico, de coerción y manifestación del *Ius Puniendi* estatal, sobre todo de orden penal y administrativo, cuando coinciden en el mismo hecho y sujeto, de forma objetiva, despliegan sus consecuencias, a fin de proteger lo que consideran legítimo, según sus regulaciones, que como ya se ha visto, la solución mas célere, para dicha controversia, se ha mencionado que sería la absorción de una potestad punitiva por otra, a fin de soslayar el resultado desproporcionado o desmedido que pudiera tener su aplicación, sin embargo, no se ha visto posible realizar una fórmula legal que pretenda sobreponer o superponer una sobre otra, si cada uno de ellos se fundamenta en esencias distintas, lo que pone de manifiesto que no sería posible aplicar el principio *ne bis in ídem*, y mucho menos lograr una previsibilidad, en cuanto a la sanción a imponerse, y más aún cuando dicha sanción se sustenta en una relación de sujeción de carácter especial, cuando se trata de funcionarios o servidores públicos, por lo que resulta en una aparente y desproporcionada actuación judicial y administrativa, y en aquellos funcionarios castrenses, con posibilidad de triplicidad de sanciones.
2. En el Perú el *IUS PUNIENDI* estatal esta desplegado a través de normativa penal, administrativa sancionadora y privativa para el caso de los miembros de las FF.AA y PNP, y por una invocación de sujeción especial, como presupuesto que justifica la actuación de *Ius puniendi* estatal, para duplicar o triplicar las reacciones punitivas de distinto índole, lo que supone una contravención al principio *ne bis in ídem*, y los objetivos que este persigue, justificándose así la imposición de sanciones, medidas disciplinarias, multas, confiscaciones, etc, pues cada una se sustenta en bases distintas, y si se crearía, una medida coercitiva distinta a las

anteriores mencionadas y se fundamenta en objeto distinto de las anteriormente mencionadas resguardadas, también encontraría justificación en su aplicación, soslayando aparentemente el principio *ne bis in ídem*, y consecuentemente los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y razonabilidad, como base fundamental de oposición y limitación al *Ius Puniendi* del Estado.

3. Además se puede concluir que para lograr viabilidad en cuanto a la aplicación del principio *ne bis in ídem*, como base constitucional efectiva, de imposibilidad reiterativa de aplicación punitiva, es reconocida doctrinariamente, los efectos de ella, como interdicción de la arbitrariedad, pero que no obtiene enunciado o fórmula legal suficiente, por la ausencia de doctrina nacional difusa y de criterios encontrados, en el desarrollo limitativo, por parte del Tribunal Constitucional peruano, mas allá, de no tener base constitucional expresa, y que en la oportunidad que tuvo el legislador de poder realizarlo, no tuvo mayor relevancia para su aceptación, demostrando una falta de interés, que trae como consecuencia, la falta de determinación legal para delimitar los poderes de coerción del Estado frente a un sujeto que con su accionar haya infringido una norma, el principio *ne bis in ídem* como garantía constitucional del derecho, se establece además como un derecho fundamental de todas las personas.
4. Otra de las conclusiones a la que se ha arribado es que no se podría establecer una igualdad ante la ley, por la simple relación jurídica del sujeto con el Estado, como base para la imposición de sanciones, en virtud de la calidad y vínculo que ostenta como representante del Estado, quedando en una total indeterminación e incertidumbre, que es muy relevante para el derecho sobre todo penal, como anteriormente se ha señalado,

obligándolo a padecer una imprevisibilidad abierta a la concurrencia y competencia de imposición de diversas sanciones, cada uno buscando proteger el bien jurídico en funcionamiento, cada cual buscando el mejor camino que le parece a falta de una clara regularización del mismo, cuyos resultados interpretativos del principio en estos casos es tangencialmente de una pobre escasa aplicación del mismo de forma colateral, sin pautas particulares de las diversas autoridades encargadas en impartir justicia, quedando al libre albedrío de ellos mismos, que trae muchas veces como consecuencia la arbitrariedad, afrontando cuestiones concretas que no conducen a una certeza de previsibilidad, en cada caso particular y en los futuros casos que hubiese, variando las consecuencias y perplejidades de su interpretación, pues la sola señalización de interpretación relativa a la identidad del bien jurídico no es suficiente criterio para una correcta interpretación del principio establecido implícitamente en la constitución, situación, que ha permitido la aplicación de sanciones en distintos ámbitos, penal, penal militar policial y administrativo, a lo largo de muchos años, y que continua hasta la actualidad.

5. Frente a todas estas dudas de falta de regulación, son interrogantes que generan una inseguridad jurídica contraria al objetivo principal del principio materia de estudio, imponiéndose en la realidad un denominado VACÍO EN SU APLICACIÓN, ineficaz de aplicar sus efectos hacia otras áreas del Derecho, cuya ausencia justifica la sobre-reacción punitiva del Estado; siendo esto realmente solo una apariencia legal de fachada para la arbitrariedad.
6. Otra conclusión a la que llegamos en nuestra jurisprudencia actual, es que el *ne bis in idem*, en el ámbito penal, es que nadie puede ser procesado por un mismo hecho de connotación delictuosa si se agravia el mismo bien

jurídico, sin embargo, también se concluye que se vulnera el principio si se afectan bienes jurídicos similares (no define actualmente cuando un bien jurídico es similar a otro o si éste pertenece a la misma familia).

7. El Ministerio público peruano, a nivel preliminar parece usar el *ne bis in idem* procesal, cuando se tratan de investigaciones que han sido archivadas en ese nivel, a mérito de una sentencia del TC N° 2725-2008 PHC caso “CHAUCA TEMOCHE”, siempre en cuando revistan los presupuestos señalados en la misma, y que sean archivado bajo la denominación de que el hecho delictivo “no constituya delito”, otorgándole un efecto de cosa juzgada a la cosa decidida, brindándole cierta seguridad, jurídica, pero el otro detalle aún no claro sería resolver , esto no contraviene que las actuaciones del ministerio publica solo son postulatorias, y no afectan la libertad personal.

RECOMENDACIONES

1. El legislativo debe realizar y fijar la base constitucional y legal con coordinación aparejada en la creación o modificación de las ya existentes normas sancionatorias, pues soslayar una norma creada para tal fin devendría en una desproporcionada respuesta del Estado y sería la fórmula equivocada, para establecer jurisprudencialmente los lineamientos y una correcta y eficaz aplicación del principio *ne bis in ídem* así como sus efectos hacia otras ramas del derecho; pues solo evaluando e implementando el análisis de las metodologías que llevaron a concluir dichos razonamientos, se puede lograr adoptar y concebir un buen funcionamiento del mismo para una adecuada búsqueda proporcional de una sanción.
2. Una vez establecido lo anterior, las instituciones encargadas de establecer justicia, pues es deber del juez adecuar lo que el ordenamiento exige, y deben delinear sus competencias, de acuerdo a lo establecido por la normatividad o el pronunciamiento del alto nivel del Tribunal Constitucional, después de realizar un adecuado sometimiento de ponderación y restricciones del principio cuando entra en conflicto con otros con otros intereses, de manera vinculante y obligatoria, a fin de regular sus actividades y mitigar cualquier alerta, acto o indicador de arbitrariedad entre los sujetos de derecho y lograr una adecuada protección de los derechos humanos; y no usar los mismos medios probatorios y anexos para establecer una sanción en uno u otro procedimiento y/o jurisdicción.
3. Las instituciones administrativas deben crear regulaciones claras, y adaptar sus instituciones además de sus procedimientos, estableciéndose

procesos de adaptación, a fin de que no afecten el debido procedimiento, y prevenir el carácter punitivo de sus procedimientos sancionatorios, a través de mecanismos de combinación y coadyuvaron el derecho penal o privativo militar policial, con la finalidad de aplicar una sola sanción y reportar cualquier procedimiento irregular que soslaye el *ne bis in ídem* o cualquier otro derecho que le asiste a todo sujeto de derecho a fin de afrontar cualquier tipo de arbitrariedad o efecto jurídico del *IUS PUNIENDI*, si bien es cierto que la creación de diferentes regímenes sancionatorios responden a la división de poderes de un Estado no es óbice para establecer mecanismos de coordinación, utilizando como instrumento el principio *ne bis in ídem*, para evitar su aceptación o negación en cada caso de aplicación y evitar procesos o procedimientos de fachada.

4. Es deber del Estado, hacer que se cumplan cada una de las herramientas y posiciones adoptadas por él y por el Tribunal Constitucional como órgano supremo de interpretación, una vez establecida las pautas y criterios para una mejor aplicación del *ne bis in ídem* y sus efectos en los procesos sancionatorios nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

EXP. N° 2050-2002 (Tribunal Constitucional 2002).

Acuerdo Plenario , 01 (Tribunal Superior de responsabilidades Administrativas 2013).

ALCÓCER POVIS, E. (s.f.).

<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/nebisinidemalcocer.pdf>. Obtenido de

<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/nebisinidemalcocer.pdf>:
<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/nebisinidemalcocer.pdf>

ARAUJO CALDERON, R. (2013). *EL JURISTA DEL FUERO MILITAR*. LIMA: CAEJM.

ARRIATEGUI, F. C. (1828). *EBOOK gratis*. Obtenido de EBOOK gratis:

https://books.google.com.pe/books?id=jDIPAQAIAAJ&pg=PR64&lpg=PR64&dq=fue+e+l+primero+que+transfiri%C3%B3+al+Magister+Militum+%E2%80%9C&source=bl&ots=S CxvaNmUth&sig=JbU3EfRcM32T2fE7N2zLWQZjWjY&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwigpNr_me3RAhVBg5AKHwBJCl8Q6AEIGDAA#v=onep

ATIENZA, M., & RUIZ MANERO, J. (1991). *DOXA.UA.ES*.

doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>

BARAK, A. (2021). *Proporcionalidad y derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.

BARTH, J. F. (09 de 2005). *revistas.ucr.ac.cr*. Obtenido de revistas.ucr.ac.cr:

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/9716/9162/>

BAUMAN, J. (1986). *DERECHO PROCESAL PENAL*. BUENOS AIRES: DEPALMA.

BINDER, A. (1999). *Introduccion al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: AD HOC.

BINDER, A. (1999). *Introduccion al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: AD HOC.

BINDING, K. (2009). *LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL*. BUENOS AIRES.

C. THOMAS III, G. (1998). *DOUBLE JEOPARDY, The History The Law*. New York, EE.UU: New York University Press.

CAMPOS, T. C. (2003). *NON BIS IN IDEM Y TEORIA DE LOS CONCURSO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*. MADRID .

CANO CAMPOS, T. (2001). Non Bis In Idem, prevalencia de la via penal y teoria de los concurso en el Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, 204.

CANO CAMPOS, T. (2003). *Ministerio Publico- Fiscalia de la Nacion*. Obtenido de Ministerio Publico- Fiscalia de la Nacion:

http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_cano_campos_no_n_bis_in_idem_prevalencia_de_la_via_penal_y_teor%C3%ADa_de_los_concursos.pdf

CANO CAMPOS, T. (2003). *Ministerio Publico- Fiscalia de la Nacion* . Obtenido de Ministerio Publico- Fiscalia de la Nacion .

Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones Sobre El Proceso Penal*. Buneos Aires: El Foro.

- CARNELUTTI, F. (1994). *Cuestiones Sobre El Proceso Penal*. Buenos Aires: EL Foro.
- CARNELUTTI, F. (1994). *Cuestiones Sobre El Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina: EL Foro.
- CARNELUTTI, F. (1994). *Cuestiones Sobre El Proceso Penal*. Buenos Aires: EL Foro.
- CARO CORIA, D. C. (21 de 05 de 2008). Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_63.pdf
- CARO CORIA, D. C. (2010). *El principio del Ne bis in Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- CARRERA, J. E. (2012). *Criterios Jurisprudenciales del Tribunal Constitucional*. Lima: revista de Derecho Administrativo.
- CARRIO, A. (1994). *Garantias Constitucionales en el Proceso Penal* . Buenos Aires: HAMMURABI.
- CAVALLERO, R. (1996). *CONCURSO DE DELITOS*. BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD.
- CAVALLERO, R. (1996). *CONCURSO DE DELITOS* . BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD.
- CAVALLERO, R. (1996). *CONCURSO DE DELITOS EN MATERIA PENAL*. BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA. (10 de 08 de 1993). <http://www.congreso.gob.pe/paracas/publicad.nsf/sesionespleno>. Obtenido de <http://www.congreso.gob.pe/paracas/publicad.nsf/sesionespleno>: <http://www.congreso.gob.pe/paracas/publicad.nsf/sesionespleno>
- contienda de competencia, 037 (Corte Suprema de la republica del Perú 2009).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de 09 de 1997).
- Corte Suprema de los EE.UU caso: "Wade v. Hunter, 336 U.S. 684", 336 U.S. 684 (Suprema Corte de los EE.UU 07 de 03 de 1949).
- DIAZ COUSELO, J. M. (1971). *Los Principios Generales del derecho*. Buenos Aires, Argentina: PLUS ULTRA.
- EXP. N°0905-2001-AA/TC, 0905-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional 14 de agosto de 2001).
- FUERO MILITAR POLICIAL. (17 de 10 de 2021). Recuperado el 2021, de FUERO MILITAR POLICIAL: <https://www.gob.pe/institucion/fmp/noticias/297160-10-anos-de-la-promulgacion-del-codigo-penal-militar-policial-dl-n-1094>
- GALIANO MARITAN, G., & GONZALES MILIAN, D. (2012). LA INTEGRACION DEL DERECHO ANTE LAS LAGUNAS DE LA LEY. *DIKAION*, 13.

- GARCIA MACHO, R. (1989). En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones especial de sujeción. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 527.
- GARCIA NIETO, A. (2008). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA, P. (07 de 2016). Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20161208_01.pdf
- HORMAZABAL MALAREE, H. (1992). *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Chile: Jurídica CONOSUR Ltda.
- HURTADO POZO, J. (2001). *LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR*. LIMA: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ.
- LORI BERENSON MEJIA VS PERÚ (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 23 de 06 de 2005).
- MAIER, J. (2011). *Derecho Procesal Penal, Parte General- Tomo III*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto .
- MAURER, H. (2012). *Derecho Administrativo Alemán*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MAURER, H. (2012). *Derecho Administrativo Alemán*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MIR PUIG, S. (1982). *funciones de la pena y Teoría del Delito, en el Estado*. Barcelona: Bosch.
- MIR PUIG, S. (2003). *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL*. BUENOS AIRES: IBDEF.
- MORON URBINA, J. C. (2003). *Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MORON URBINA, J. C. (2017). *Comentarios a La Ley del procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MORON URBINA, J. C. (2020). *Comentarios a La Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MUÑOZ CONDE, F., & GARCIA ARAN, M. (2004). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Lima, Perú: IDEMSA.
- NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral*. Lima: IDEMSA.
- PEREZ LUÑO, A. E. (2007). *Filosofía y Teoría del Derecho*. Madrid: TÉBAR.

- PÉREZ LUÑO, A. E. (2007). *Filosofía y Teoría del Derecho*. Madrid: TÉBAR.
- PEREZ LUÑO, E. (diciembre de 1997). *Dialnet.unirioja.es*. Recuperado el 02 de 06 de 2021, de Dialnet.unirioja.es:
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XHzfbYfNyRUJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27480.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
- PEREZ MANZANO, M. (2018). *Repositorio UAM.es*. Recuperado el 2021, de Repositorio UAM.es:
<https://repositorio.uam.es/handle/10486/690017>
- PINEDO HIDALGO, p. (s.f.). *unifr*. Recuperado el 06 de 08 de 2021, de unifr:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20111108_02.pdf
- Policia, F. M. (2013). *El Jurista del Fuero Militar Policial*. Lima: Centro de Altos Estudios de Justicia Militar Policial.
- PRIETO SANCHIS, L. (05 de 1985). *dialnet.unirioja.es*. Recuperado el 02 de 06 de 2021, de dialnet.unirioja.es:
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KpCqC5HgcwoJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/241940.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
- QUERALT, J. (1992). *EL Principio NON BIS IN IDEM*. Madrid: Tecnos.
- R.N., 2090 (Corte Suprema 2005).
- RAMOS NUÑEZ, C. (16 de 01 de 2018). El Derecho Canonico en la formación del Jurista. *JURÍDICA*, 6-7.
- ROXIN, C. (1997). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. MADRID: CIVITAS.
- ROXIN, C. (1997). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I*. MADRID: SL.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (G. CORDOVA, & D. PASTOR, Trads.) Buenos Aires: El Puerto.
- San Martin Castro, C. E. (2008).
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_03.pdf. Obtenido de
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_03.pdf:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_03.pdf
- SANCHEZ VELARDE, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa.
- SANCHEZ VELARDE, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- SANTIAGO NINO, C. (1980). *Los Limites de la Responsabilidad Penal*. Buenos Aires: ASTREA.

Sentencia de la Corte Suprema de Argentina en el caso Lapacó (Corte Suprema de Argentina 13 de 08 de 1998).

TENORIO, L. F. (2012). Matar a un Ruiseñor: la Criminal Justice Act inglesa de 2003 y el non bis in idem. *Criterio Juridico* , 28.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2012). *Cuestiones actuales de Derecho Penal Economico y la Empresa*. Lima: COLEX.

Tribunal Constitucional , N° 2050 (Tribun 2002).

Tribunal Constitucional , 3194 (Tribunal Constitucional 2004).

Tribunal Constitucional , 02493 (Tribunal Constitucional 2012).

Tribunal Constitucional, N°2050.2002 (Tribunal Constitucional 2002).

Tribunal Constitucional, 2050 (Tribunal Constitucional 2002).

Tribunal Constitucional, 2050 (Tribunal Constitucional 2002).

Tribunal Constitucional, N° 2050 (Tribunal Constitucional 2002).

Tribunal Constitucional, 2050 (2002).

Tribunal Constitucional, 2050 (Tribunal Constitucional 2002).

Tribunal Constitucional, 2050 (2002).

Tribunal Constitucional, 8123 (Tribunal Constitucional 2005).

Tribunal Constitucional, 8123 (Tribunal Constitucional 2005).

Tribunal Constitucional, 00173 (Tribunal Constitucional 2006).

Tribunal Constitucional, 02600 (2009).

Tribunal Constitucional, 361 (Tribunal Constitucional 2010).

Tribunal Constitucional Español, Exp. 01-2020 (Tribunal Constitucional Español 14 de 01 de Exp. 01-2020).

Tribunal constitucional Español, Exp. 02-2003 (Tribunal Constitucional Español 16 de 01 de Exp. 02-2003).

Tribunal Constitucional Español, Exp. 02-2003 (Tribunal Constitucional Español 16 de 01 de Exp. 02-2003).

Tribunal Constitucional Español, 177/1999 (Tribunal Constitucional Español 18 de 11 de Exp. 177/1999).

Tribunal Constitucional Español, 180-2004 (Tribunal Constitucional Español 02 de 12 de Exp. 180-2004).

Tribunal Constitucional Español, 20-1994 (Tribunal Constitucional Español 17 de 10 de Exp. 20-1994).

Tribunal Constitucional Español, Exp. 234-1991 (Tribunal Constitucional Español 10 de 12 de Exp. 234-1991).

Tribunal Constitucional Español, Exp. 236-2007 (Tribunal Constitucional Español 07 de 11 de Exp. 236-2007).

Tribunal Constitucional Español, STC 61-1990 (Tribunal Constitucional Español 29 de 03 de Exp. 61-1990).

Tribunal Constitucional Español, Exp.131-2018 (Tribunal Constitucional Español 12 de 12 de Exp.131-2018).

Tribunal Constitucional Español, STC 204/1996 (Tribunal Constitucional Español STC 204/1996).

Tribunal Constitucional, 09727-2005-PHC (Exp. N°09727-2005-PHC).

Tribunal Constitucional Español, Exp. 02-2003 (Tribunal Constitucional Español 16 de 01 de Exp. 02-2003).

Tribunal Supremo Español- Sala Segunda de lo Penal, 380/2003 (Tribunal Supremo Español- Sala Segunda de lo Penal 22 de 12 de STS N°380/2003).

Tribunal Supremo Español- Segunda Sala de lo Penal., 380-2003 (Tribunal Supremo Español- Segunda Sala de lo Penal 22 de 12 de STS-380/2003).

VON SCHILLER, F. (1990). *GUILLERMO TELL*. BARCELONA: PLANET.

YACOBUCCI, G. (1998). *EL SENTIDO DE LOS PRINCIPIOS PENALES*. BUENOS AIRES: ÁBACO.

