

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**PRESENCIA DEL ELEMENTO DEL FUNDAMENTO EN EL NE BIS
IN IDEM PROCESAL COMO ELEMENTO PRESCINDIBLE EN EL
PERÚ**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

OMAR GUSTAVO SENMACHE RODRIGUEZ

ASESOR

JOSE LEONCIO IVAN CONSTANTINO ESPINO

<https://orcid.org/0000-0003-0120-7444>

Chiclayo, 2022

**PRESENCIA DEL ELEMENTO DEL FUNDAMENTO EN EL
NE BIS IN IDEM PROCESAL COMO ELEMENTO
PRESCINDIBLE EN EL PERÚ**

PRESENTADA POR

OMAR GUSTAVO SENMACHE RODRIGUEZ

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Fatima del Carmen Perez Burga

PRESIDENTE

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto

SECRETARIO

Jose Leoncio Ivan Constantino Espino

VOCAL

Dedicatoria

El presente trabajo es dedicado a mi familia, en especial a mis abuelos Lili y Pedro, que fueron quienes me acompañaron desde que era un infante. A mis padres, Silvia y Pablo, que también me apoyaron siempre. De igual forma, a quién llegó hace más de 10 años a mejorar mi proceso de crecimiento y madurez.

Agradecimientos

Mi sincero agradecimiento a mis asesores, a mis amigos profesores como el Dr. Freddy Centurión, al Dr. Henry Heras y al Dr. Manuel Porro, quienes me ayudaron en la vida universitaria con sus charlas y consejos, y a todo aquél que me ayudó a poder concluir este trabajo de investigación.

SENMACHE OMAR - TESIS FINAL

INFORME DE ORIGINALIDAD

26%

INDICE DE SIMILITUD

26%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

6%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	revistas.uchile.cl Fuente de Internet	7%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	5%
3	repositorio.uchile.cl Fuente de Internet	2%
4	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	www.scielo.cl Fuente de Internet	1%
6	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	1%
9	docplayer.es Fuente de Internet	1%

Índice

Resumen.....	5
Abstract	6
Introducción	7
1. Revisión de Literatura	9
1.1. Antecedentes	9
1.2. Bases teóricas conceptuales	11
1.2.1. Los principios generales del derecho	11
1.2.2. El principio de Legalidad	12
1.2.3. El principio de proporcionalidad.....	14
1.2.4. El principio de bis in ídem en el Perú	15
1.3. Análisis del caso Oliveira contra Austria del TEDH y el juez Repik.....	19
2. Materiales y Métodos	21
3. Resultados y Discusión	21
3.1. Analizar la incertidumbre que existe entre el fundamento, el hecho y persona para el cumplimiento del principio de ne bis in ídem	21
3.1.1. El hecho y la persona en el ne bis in ídem	21
3.1.2. Jurisprudencia en el Perú.....	29
3.1.3. Jurisprudencia en el extranjero.....	29
3.1.4. Propuesta y viabilidad.....	30
Conclusiones	31
Recomendaciones.....	31
Referencias bibliográficas	322
Anexos	34

Resumen

El ne bis in idem, al ser un principio general del derecho, a lo largo del tiempo no ha tenido muchos cambios, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Por lo que, se han mantenido los elementos que lo conforman. Y son el hecho, fundamento y la persona.

Se irá mencionando sobre el porqué el ne bis in idem es un principio general del derecho, o porqué está ligada a la cosa juzgada, y cuál es la importancia del principio de la legalidad en la aplicación del ne bis in ídem.

También hablaremos sobre que significó sus inicios en la historia jurídica, como se llegó a pensar una de ella incluso antes del nacimiento de Cristo, dándonos esbozos de lo que llegaría a ser el principio y como fue evolucionando hasta lo que ahora llegamos a conocer de ella.

Parte de los objetivos, será analizar qué es el ne bis in ídem, y como el hecho y persona podrían cumplir un papel que llegue a complementarse de tal forma que discordemos con la presencia del elemento del fundamento como parte del ne bis ídem. De esta forma, solo serán el hecho y la persona, como los elementos conformantes del ne bis in ídem.

Plasmar la idea fue algo muy arriesgado, debido a que no es un tema que hasta el momento de halla tratado en el mundo jurídico como un tema debatible, y menos aún se tiene el punto de vista aquí en el ordenamiento jurídico nacional.

Palabras clave

Ne bis in ídem, hecho, fundamento, persona.

Abstract

Ne bis in idem, being a general principle of law, has not undergone many changes over time, both in jurisprudence and doctrine. Therefore, the elements that comprise it have been maintained. And they are the fact, foundation and the person.

It will be mentioned why ne bis in idem is a general principle of law, or why it is linked to res judicata, and what is the importance of the principle of legality in the application of ne bis in idem.

We will also talk about what its beginnings in legal history meant, how one of it came to pass even before the birth of Christ, giving us sketches of what the beginning would become and how it evolved until what we now come to know about it .

Part of the objectives will be to analyze what the ne bis in idem is, and how the fact and person could play a role that complements each other in such a way that we disagree with the presence of the element of the foundation as part of the ne bis idem. In this way, they will only be the fact and the person, as the elements that make up the ne bis in idem.

Capturing the idea was something very risky, because it is not an issue that until now has been treated in the legal world as a debatable issue, and even less has the point of view here in the national legal system.

Keywords

Ne bis in ídem, fact, foundation, person.

Introducción

Los orígenes del principio *ne bis in idem* se remontan en el derecho romano, para luego aparecer de manera concreta en los fueros que iniciaron a partir del siglo XII, sin embargo, esta aparición no fue de manera expresa, pero sí notable en los efectos preclusivos, donde se demostraba la imposibilidad de realizar una segunda vuelta sobre el mismo asunto. Y este, accionar quedó estipulado en el “fuero juzgo” en la Ley XIV. (Cabanellas, 1994, p. 1)

Es así que, el desarrollo de este principio aparece en la realidad, y después se expande a nivel internacional, donde diversos estados lo incorporan en su normativa jurídica. Al respecto, la Sentencia española del Pleno del Tribunal Constitucional 2-2003 en su fundamento uno, señala que este principio radica en el no establecimiento de la duplicidad de sanciones, sin embargo, su efecto no se agota en esa concepción, puesto que, según su fundamento tres, existe incidencia en el derecho penal material, en el sentido que se puede diferenciar entre la dimensión sustantiva, la cual objetaba que nadie pueda ser penado de manera reiterada sobre una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado de manera definitiva. Mientras que, en la dimensión procesal, se enfoca en que nadie sea procesado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente. (Tribunal Constitucional Español, 2003, pp. 1-3).

En el ordenamiento jurídico peruano, el ámbito de aplicación del principio *ne bis in idem* regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, se fundamenta en la relación que existe entre la pena y la sanción administrativa, mismas que, enfoca en abordar una explicación sobre la realización de un mismo hecho, por un mismo agente, bajo el mismo análisis fundamental. Es así que, este principio rector, que sirve en el derecho penal como regla general, sobrepone las sanciones penales sobre las sanciones administrativas. (García, 2016, p. 3) Sin embargo, su naturaleza ha sido objeto de algunas controversias como la formulada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, realizada el día 4 de noviembre de 1950, en la cual se sustentó la controversia que surgió entre dos pronunciamientos jurídicos, la primera recaída en la sentencia de 23 de octubre de 1995 versada sobre Gradinger contra Austria y la sentencia de 30 de julio de 1998 aplicada entre Oliveira contra Suiza. Al respecto del conflicto, se suscita en la comprensión de los alcances que posee el principio *ne bis in idem* cuando hechos idénticos encausados sobre la misma persona, tienen un fundamento típico diferente, sobre procesos de diferente naturaleza.

Entonces, para la comprensión de esta problemática que se suscita, sobre el estudio del principio *ne bis in idem*, en razón a sus tres elementos como presupuestos no indispensables, es necesario tomar en cuenta la posición tradicional abordada en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español el de 30 de enero de 1981, en la cual se discute la concurrencia de una sanción penal con una administrativa, en la posición cuando ambas se contradicen, pese a que, se evaluaron de un mismo hecho, fundamento y sujeto. En consecuencia, es necesario analizar la figura jurídica del principio *ne bis in idem* con la finalidad de determinar si es posible plantear que la identidad del fundamento, no varía la naturaleza del citado principio, en consecuencia, no sería indispensable como elemento.

Esta discusión obliga a analizar aquello que sustenta la imposición de cada una de las sanciones concurrentes, esto es, el delito en el caso de la pena y la infracción administrativa respecto de la sanción administrativa. De lo anterior, queda claro que la premisa conceptual básica para poder encontrar el sentido del *ne bis in ídem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa es determinar si el delito y la infracción administrativa presentan diferencias sustanciales o no. Aunque un sector de la doctrina penal considera que esta discusión es irrelevante para el estudio de la prohibición de la doble sanción, lo cierto es que todo lo que se pueda decir al respecto presupone, de manera explícita o implícita, una toma de postura, respecto a la distinción entre delito e infracción administrativa. Puesto que, no hay forma de determinar si la imposición conjunta de pena e infracción administrativa constituye una sobrerreacción sancionatoria, si no se tiene claro la relación funcional entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

Por tanto, en consideración al análisis descrito, emana la siguiente problemática: ¿En qué medida no es necesario el elemento del fundamento para la configuración del principio *ne bis in ídem* en el Perú?

Seguidamente, ante este problema formulado, se ha concretado la siguiente hipótesis: Si, si el *ne bis in ídem* es un principio que tiene por finalidad representar un criterio interpretativo para dar solución a una controversia o conflicto, cuando se suscita la necesidad de probar la idea de seguridad jurídica, ante la búsqueda de justicia material, le corresponde ejemplificar como enunciado normativo la protección de la persona enjuiciada, para prevenir la transgresión del derecho a un debido proceso regulado en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

Por ello, es necesaria la desarticulación jurídica del elemento del fundamento de los presupuestos para la determinación del Principio *ne bis in ídem*, porque basta con la misma identidad del sujeto e identidad del hecho, para configurar el citado principio. Esto, en atención de que, no se emplee al fundamento como objeto de obstrucción para evadir el sentido de justicia en todo proceso judicial. Entonces, ante esta situación es necesario presentar una propuesta que sustente la eliminación de elemento del fundamento para la invocación del Principio *ne bis in ídem*. Para ello, se realizará un análisis normativo y jurisprudencial de los alcances para la desarticulación del elemento fundamento en el Principio *ne bis in ídem* teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencia nacional y comparado, así como también se desarrollará una propuesta donde se establezca la no incorporación el elemento fundamento en el Principio *ne bis in ídem*. Esto, en atención de los criterios considerados por nuestra jurisprudencia para la viabilidad de la eliminación del fundamento para la calificación jurídica del principio mencionado.

Asimismo, es importante abordar para la corroboración del principio *ne bis in ídem*, también debemos hablar de la cosa juzgada, debido a que vendría a ser uno de los elementos que conforman este principio. Arrarte (2001) señala que la cosa juzgada “implica una calidad especial o autoridad impuesta desde fuera por el ordenamiento jurídico, en atención a una exigencia, que es la necesidad de seguridad jurídica” (p. 8). Este tema de investigación, resultará siendo controversial debido a que la doctrina y la jurisprudencia ha sido muy poco cambiante ante este principio, siendo su objeto principal de esta investigación es determinar la procedencia del porqué debemos prescindir del elemento del fundamento en el principio del *ne bis in ídem* procesal en el Perú.

Como objetivo general, entendiendo la problemática planteada, se pretende demostrar que el planteamiento que no es necesario el fundamento como uno de los 3 elementos del principio general del ne bis in ídem en el Perú. De igual forma, los objetivos específicos planteados son analizar cuáles serían los alcances normativos para la desarticulación del elemento del fundamento en el principio general del ne bis in ídem teniendo en cuenta, tanto el desarrollo nacional como el comparado y a su vez se pretende elaborar una de propuesta donde se sustente la no incorporación del elemento del fundamento en el principio del ne bis in ídem.

1. Revisión de Literatura

1.1. Antecedentes

Sobre el Principio Ne Bis in Idem, Urcos, F. (2018) en su tesis de pre grado, titulada: “La Reincidencia y la habitualidad criminal frente al principio Ne Bis in Idem en el derecho penal peruano”. En esta investigación, el autor estudió las instituciones de la reincidencia en la habitualidad criminal en relación con el principio Ne bis in ídem, donde haciendo mención que en la última década esto ha generado el surgimiento de diversas posturas en torno a los principios fundamentales en los que se basa nuestro derecho penal teniendo como principal referente el estado democrático.

También hace alusión sobre las razones principales por las cuales, en el Código Penal de 1991, proscribió del Proyecto de dicho cuerpo legal las instituciones penales de la reincidencia y la habitualidad, ya que consideró que esto carecía de humanidad y de criterio jurídico ya que se aumentaba sustantivamente la pena de un nuevo delito por medio de las referidas instituciones, no contando con mayor fundamento que las condenas anteriores.

Por tal motivo la Comisión revisora llegó a determinar que el sentenciar a una persona considerando los delitos anteriores que está cometido conllevaba a la vulneración del principio Ne bis in ídem.

Por otro lado, Chinguel, A. (2015) en su tesis de pregrado, titulada: “El Principio de Ne Bis In Idem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento”. En su tesis, el autor plantea un método de interpretación del fundamento el cual, considera que es el elemento principal del principio Ne bis in ídem agrega, qué debe existir una distinción cualitativa entre el derecho penal y entre el derecho administrativo sancionador.

En su investigación destaca, que se debe buscar una forma adecuada de interpretar y aplicar el principio señalado, por lo que empieza definiendo los orígenes de este, así como su naturaleza y la distinción entre ambas ramas del derecho. Precizando, que es de vital importancia delimitar la finalidad de este principio y su correcta aplicación.

Canchari, E (2016), en su artículo “el Principio de Ne bis in Idem y su aplicación en el Derecho Tributario Sancionador: Controversias y Problemáticas actuales”, nos señala que el ordenamiento jurídico peruano concibe al principio de Ne bis in ídem como una garantía que tiene como finalidad la protección del derecho de la libertad individual,

erigiéndose como una regla cuya prescripción consiste en que nadie será sancionado o procesado dos veces o más, en base a un mismo sujeto, hecho y fundamento.

También, hace mención a la aplicación de este principio-garantía, en torno a un concurso real o ideal de delitos o infracciones, tomando como referencia las distintas áreas de aplicación del ordenamiento jurídico. Agrega que, es necesario una nueva visión para comprender el contenido del principio antes citado, y de esta forma garantizar la eficacia del *Ius Puniendi* del Estado.

Huanca, J. (2019) en su tesis de pre grado denominada “de la Teoría del Bien Jurídico a la Teoría del Normativismo: “*Ne Bis In Idem*” como una garantía de la proporcionalidad de a sanción penal y disciplinaria”, basa su estudio en la dogmática de las decisiones del Tribunal Constitucional, en materia administrativa y penal; llegando a concluir en base al normativismo de Roxin y Jakobs, que no se debe prohibir la aplicación del principio *ne bis in ídem*, ya que este se encarga de garantizar el principio de proporcionalidad.

Por lo que se deduce, que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no adecuan sus resoluciones a la teoría del normativismo penal, por eso llegan a negar la identidad del fundamento en el delito y en la falta administrativa.

Por otro lado, Adrián (2018) en su artículo titulado “La configuración del principio *ne bis in idem* en el proceso de *habeas corpus*”, el autor concluye que, como regla general no puede existir *ne bis in idem* material cuando se impone una sanción penal y una sanción administrativa, pues por la propia finalidad que cumplen estos ámbitos (derecho penal y derecho administrativo) sus potestades sancionadoras no son equiparables. Dando a entender Adrián que, la mera existencia del *ne bis in ídem* es debida a que exige que no haya una doble sanción, en el tema penal y en el tema administrativo.

Excepcionalmente, puede existir duplicidad de sanciones sólo cuando la sanción penal ha absorbido la finalidad de la función administrativa y pese a ello, por los mismos hechos, la entidad administrativa ha sancionado a la misma persona. No se presenta la decepción cuando luego de imponerse una sanción administrativa, se impone a la misma persona, por los mismos hechos, una sanción penal, pues en este caso prima la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa, debiendo tan sólo de juntarse la sanción administrativa impuesta respecto de aquella sanción penal que pretende imponer.

Agrega que, si se abren dos o más instrucciones, o dos o más investigaciones fiscales o dos o más investigaciones policiales dirigidas y controladas por el fiscal, contra una persona, por los mismos hechos, sin que una de ellas sea definitiva, no se plantea un problema de *Ne bis in idem* sino un problema de distribución de competencias.

Por último, concluye que si bien la configuración del principio *ne bis in idem* por parte de la jurisprudencia y doctrina peruana ha influido principalmente en el desarrollo alcanzado por el ordenamiento jurídico español, debe impulsarse un mayor examen de otros ordenamientos jurídicos como el norteamericano precisamente tiene en la figura de *double Jeopardy* un límite infranqueable de la actividad punitiva del Estado, además de un mecanismo aplicable a un número mayor de supuestos que aquellos aplicables en nuestro sistema jurídico.

A propósito, Garcías, G (2015), en su artículo “Consecuencias del principio ne bis in ídem en Derecho Penal”, llega a una conclusión, que el principio ne bis in ídem tiene por finalidad impedir la duplicidad de sanciones por los mismos hechos, a lo largo de su investigación hace una crítica a este principio, referido a que su aplicación tiene un carácter muy restringido. Y que solo se dará en casos en los cuales, la identidad absoluta de los hechos como sujeto activo y de fundamento de la sanción, no tenga un tipo de relación con la Administración.

1.2. Bases teóricas conceptuales

1.2.1. Los principios generales del derecho

Podemos señalar que los los principios generales del Derecho, surgen ante la problemática en la ley escrita se encuentra no dándose el alcance de abarcar todos los eventos o posibilidades que se presenten en la realidad. Pero estos principios, al no darse abasto con solo la ley escrita, entraríamos ante la posibilidad de que existan algunas lagunas o vacíos legales, que no nos deja alternativa a los críticos del derecho, más que recurrir a algunas fuentes alternativas para poder resolver algún caso relacionado a su jurisdicción.

Sin embargo, hasta ahora es ligeramente complicado determinar con exactitud cuáles son estos principios, debido a que podemos divisar una contraposición de ideas porque, para algunos autores, los principios están fundamentados en el Derecho Natural, que quiere decir, que hay algunos derechos que provienen de la propia naturaleza de las cosas.

Pero, esto es desmentido por autores como Díaz (1971) señalando que se niega a reconocer la existencia del Derecho natural, entendiendo al derecho como algo meramente positivo, dando por sobreentendido que no cree que las cosas tengan una naturaleza propiamente dicha si es que no se encuentra escrita como una norma jurídica.

Entonces, frente a estas ideas totalmente opuestas, podríamos decir que, para el Derecho natural, los principios generales del Derecho se refieren a principios suprapositivos, los cuales serían el motor de moldear y servir como un soporte para el Derecho positivo, es decir que el iusnaturalismo vendría a ser el fundamento del íntegro de la legislación positiva, dándole total validez a la naturaleza de las cosas para dejar como afirmación que sin el iusnaturalismo sería muy complicado y casi imposible, poder positivizar los acuerdos, decretos, leyes, reglamentos y demás.

El autor Mans (1957) asevera de manera muy interesante, al realizar una sustitución de la definición lógica de los principios generales del derecho, dándole una conexión con algunos conceptos, dando pie a que la idea de principio tendría un significado más amplio, abarcando a su vez, la idea de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón, condición y causa.

Una gran variedad de jurisprudencias le da, a los principios generales del derecho un rol secundario como una fuente del derecho, siendo su principal argumento, que las aplicaciones de estos principios sean compatibles con el derecho formulado, siempre y cuando se dé después del fallo tanto de la norma, como de la analogía.

Sin embargo, es un tanto peculiar el principio general del derecho, ya que otros afirman que el lugar ocupado por estos principios tiene una particularidad, porque se encuentran antes de la ley, en la misma ley y después de la ley, siendo que está se encuentra en todos los tiempos en base a la ley (pasado, presente y futuro).

La importancia que tienen los principios generales es que son catalogados como valores, y como consecuencia de este encasillamiento, los principios son tenidos en cuenta como una base del sistema jurídico, en donde se podría recurrir a fuentes que no se consideran formales. Por esta razón, las normas formuladas o legisladas, son la aplicación y desarrollo (en forma parcial) de los principios generales. Por esto, cuando nos encontremos frente a casos en, los que la norma se encuentre considerada y falle la analogía, se deberá recurrir a la aplicación de un principio general del derecho, así se le podrá dar sentido jurídico a un hecho.

De manera similar, Legaz (1957) menciona que:

El derecho brota, mana de los principios principales porque viene de ellos, está poseído por ellos. Pero evidentemente, estos principios no son tampoco lo radicalmente último... los principios generales del derecho constituyen la capa más profunda de la dimensión normativa del Derecho, pero la realidad última del Derecho no es normatividad. La normatividad, lo mismo si es normativa como iusnaturalista, es la formulación intelectual de lo que se lee en la “naturaleza de las cosas”, no olvidando que las cosas que se trata son también situaciones humanas históricas en recíproca interferencia (p.57).

Con esto Legaz, lo que trata de explicar es que no necesariamente debemos recurrir a los principios generales como última medida, sino que, al estar tan inmiscuido en el propio derecho, debería ser tomada en cuenta desde antes y no como una especie de medida desesperada. Y que, además tengamos en cuenta que la normatividad es afectada por la circunstancialidad del presente, de lo que ocurre, y eso servirá para la normatividad como una guía de cómo guiarse, y también al ocurrir esta habría una mutua intervención en las cosas que ocurrirían porque permitiría moldear ciertas conductas.

1.2.2. El principio de Legalidad

El principio de legalidad, también es conocido por Ferrajoli (1995) como “un axioma de corta legalidad o de mera legalidad” (p. 237) entendiéndose que solo la ley, determinará qué conducta es delictiva.

De la misma manera, Urquiza (2000) hace mención a que:

El principio de legalidad, es pues, un medio racional de lograr la seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborda creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de las personas, la sociedad o el Estado (p. 18).

Lo anteriormente mencionado por Urquiza sobre el principio de legalidad, es una gran verdad, debido a que hace referencia a que el sistema legal para castigar solo debe basarse

en lo expresado en la norma escrita, teniendo en cuenta las interpretaciones de esta, sin embargo, señala que no debe darse un castigo creando nuevas formas.

Para Villa Stein (2014) el principio de legalidad tiene dos proposiciones limitantes, que son:

- No hay delito si la ley no lo prevé de manera clara.
- No hay pena posible si la ley no lo declara.

Lo señalado por Villa Stein, guarda relación con el artículo dos (II) del título preliminar del Código penal peruano que dice “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Entonces, podemos afirmar que el principio de legalidad obliga al legislador a precisar con certeza el contenido de las leyes penales, teniendo como consecuencia inmediata que la ley penal es la única fuente del derecho penal, que la ley penal es irretroactiva, y que no cabe analogía en materia penal.

Con respecto al principio de legalidad, tal como con su análogo español, el Tribunal Constitucional lo ha relacionado directamente con la prohibición del principio *ne bis in ídem*, que se encuentra identificado en el artículo 2° de la Constitución. De esta manera, se puede afirmar que el contenido garantista (*lex certa*, *lex previa* y *lex scripta*) que éste tiene devendría en inútil de aceptarse la concurrencia de sanciones por lo mismo.

Una parte de la doctrina, también asevera que la relación antes mencionada, colocaría al principio de legalidad por encima del de proporcionalidad, esto es debido que, a pesar de tener diferentes puntos de vista, estas posturas coinciden en que tanto una sanción penal como una administrativa podrían proceder de un único ilícito.

La primera tiene como punto que existe la posibilidad de aplicar una única sanción ante la participación de un injusto penal y una infracción administrativa, pues esta demostrará todo el menosprecio que el ordenamiento jurídico ha intentado adjudicar a la conducta mencionada. Entonces, el principio de legalidad siempre contribuirá con la funcionalidad excluyente en estos casos; al frenar la sanción, la cual es otorgada a cada hecho infractor o ilícito, todo el menosprecio de una conducta, opondrá una tipificación por un mismo hecho, imposibilitando así una doble sanción y dando paso a disponer el criterio para decretar la norma que deba ser aplicada.

La segunda, tiene como punto principal a la identidad sustancial del Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador, ultimando a que el principio de legalidad es el que está llamado a fundamentar a la prohibición de la doble valoración. No obstante, en este caso, ambas llegan a la misma conclusión: la cual es que sólo cabrá una sola sanción por un hecho infractor (sea penal o administrativo) gracias al principio de legalidad.

De esta manera, es que podemos decir que las razones definitivas por las cuales se contempla al principio de legalidad como fundamento son:

- La de tener en cuenta la existencia de una identidad sustancial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador y
- La posibilidad de hablar de un mismo ilícito cuando converjan una norma penal y una administrativa sancionadora.

Con respecto a la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, es que se contempla la improbabilidad de hablar de una identidad sustancial entre uno y

el otro, ya que tienen un fundamento cualitativamente diferente, sostenido en la función que realiza cada uno.

Y en relación al segundo punto, se podría sospechar sobre la improbabilidad de sustentar la existencia de un mismo ilícito, cuando converja una norma penal y una administrativa sancionadora debido a que, si el objeto material amparado por ambos fuese el mismo, el ilícito no será igual pues, su fundamento se encuentra en un plano totalmente diferente en relación del objeto material como el del bien jurídico.

1.2.3. El principio de proporcionalidad

Cabe señalar que el principio de proporcionalidad se encarga de la existencia del equilibrio, entre la magnitud de la pena que le corresponde al autor guarde relación con el hecho. Así, de esta manera, es necesario que el principio de proporcionalidad fije un punto.

Este principio, al igual que el principio de legalidad, también fue asociado por el Tribunal Constitucional Peruano con la prohibición de doble valoración, en cual vendría a intervenir el principio del *ne bis in idem*.

Al respecto, debemos recalcar dos argumentos: el primero, es el que nos dice que el principio de proporcionalidad no resolverá casos donde un único ilícito no incluye la sanción penal y la administrativa; y el segundo, en el cual se tiene al principio de proporcionalidad como fundamento, en el que se menciona que una sanción extremadamente compasiva en el campo penal tendría como un añadido una posterior sanción administrativa.

Pero, a pesar de que se concuerde en que el principio de proporcionalidad no tiene el peso para que por sí solo busque fundamentar la prohibición de doble valoración, las razones que se buscaron para sustentar la postura, al parecer son erróneas.

De tal forma, nos damos con la idea de que un único ilícito, no podría ser abarcado tanto por una sanción penal y sanción una administrativa al mismo tiempo, ya que cada uno se basa en raíz de su propio fundamento. Este supuesto normal, en tal sentido, debería ser solucionado por el principio de proporcionalidad, que, en este caso, debería hacerse factible aplicando la segunda sanción sin transgredir el principio de *ne bis in idem*, ya que no se ejecutaría con el tercer elemento de dicha prohibición, el cual debería ser comprendido como la identidad de efectos en vez de la de fundamento.

Por último, tenemos que, podríamos deducir que el principio de proporcionalidad vendría a ser el indicado, para sustentar la vertiente material del *ne bis in idem*; puesto que, a través de un juicio de necesidad se procurará prohibir una sobreacción punitiva innecesaria en atención a las funciones que persiguen tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador.

Al ser indiscutible el cercano nexo que hay entre el derecho penal y el derecho administrativo en su facultad de sancionador, los juristas con el objetivo de intensificar y vigorizar la protección jurídica de algunas materias, y de esta forma tener un mayor control social, hace que se concurra en algunas infracciones y sanciones que tienen tanto carácter penal, como carácter administrativo. De los cuales son señaladas como sanciones

de conductas idénticas o muy parecidas cuya diferenciación tanto dogmática como fáctica, resultan en la llamada desesperación de los juristas (Gómez Benítez, 2001).

Lo que Gómez Benítez trató de enfatizar fue el vínculo existente entre el derecho penal y el derecho administrativo, pero en su faceta sancionadora, en la cual trata de acentuar que la protección jurídica tenga como resultado un control social, siendo pilares el derecho penal y administrativo.

1.2.4. El principio de bis in ídem en el Perú

A) Concepto del principio de bis in ídem en el Perú

El principio de ne bis in ídem, es un principio antiguo y de amplia tradición jurídica que ha propiciado un vasto cuerpo doctrinal tanto como jurisprudencial, así como múltiples intervenciones legislativas. Este principio se dispone como un principio general del derecho, siendo un pilar importante de una amplia variedad de fenómenos normativos que se pueden connotar a diferentes definiciones. Para García (1995) la traducción literal del latín es “no dos veces lo mismo”, se define que “ninguna persona puede ser castigada o juzgada dos veces por un mismo hecho” (p.54).

De la misma forma Caballenas (1992) conceptualiza al ne bis in ídem como un aforismo latino que significa “no dos veces sobre lo mismo” (p. 80). Sin embargo, aquella definición no abarca la magnitud del principio de ne bis in ídem, ya que no logra delimitar el contenido del supuesto de hecho y la consecuencia que se pretende evitar. Lo que García y Caballenas realizan, es una consolidación de la idea base del ne bis in ídem, puesto que ambos vendrían a conceptualizarlo como: no se puede hacer una valoración jurídica dos veces sobre una misma acción.

Por otro lado, Vela (2004) afirma que “el ne bis in ídem viene a ser entonces, una garantía política protectora de la libertad individual y que sirve de sustento a estas excepciones, por ello que las ejecutorias supremas nacionales como internacionales, basan sus sentencias cuando aplican este principio” (p. 102). En tanto, Arroyo y Nieto (2007) señala que el principio de ne bis in ídem expresa originalmente una garantía del ciudadano frente al poseedor de la potestad sancionatoria, el Estado que se traduce en la imposibilidad de que éste castigue al sujeto diversificando lo que ontológicamente constituye una capacidad única de actuación: el poder de reprimir conductas que violen el orden social, dañando un bien jurídico.

Bajo esta idea, tanto Vela como Arroyo y Nieto, señalan que el ne bis in ídem es una garantía que tiene el ciudadano ante el sancionador, que vendría a ser el Estado, la cual permite que no se dañe un orden predeterminado como lo es el social afectando los bienes jurídicos que en este caso pertenecen al que se enfrenta al Estado.

Sin embargo, pese a esto, todavía siguen existiendo determinadas dificultades, carencias y complejidades de este principio del ne bis in ídem, que, a simple vista, no debería existir tantos inconvenientes para que sea así de conflictivo llegar a un acuerdo sobre lo que significa este principio.

Reforzando lo anteriormente mencionado, podemos decir que el principio del ne bis in ídem, en la actualidad se encuentra atravesando por una crisis, ya que para el derecho penal extranjero y estatal se manifiestan algunos problemas derivados del ne bis in ídem, pero con el tiempo este principio debería salir beneficiado, ya que estaríamos hablando de un derecho fundamental que, su mera utilidad solo se basaba en el ordenamiento

español, al menos en el habla hispana y ahora que se encuentra en plena evolución, debido a que se está teniendo en cuenta procesos y decisiones de otros países.

Esto nos da a entender que a medida que pasa el tiempo, existe un desarrollo en la doctrina, en donde siempre es tomado en cuenta como una de las garantías jurisdiccionales, y a su vez también es visto como uno de los principios generales del Derecho. Siendo así, podría asumirse que el principio no es subsidiario de otras garantías, las cuales sí se encargan de amparar y defender la libertad personal, ya que el *ne bis in ídem* no es un principio accesorio, debido a que este no parte desde el proceso.

Por otra parte, podemos afirmar que existe antes de proceso en sí mismo, y esto es porque es un regulador del proceso judicial o del procedimiento administrativo. De esta manera, nos podemos dar cuenta de su importancia en la estructura de la facultad sancionadora del Estado, en otras palabras, el *ius puniendi*.

Por lo tanto, podemos afirmar, que el *ne bis in ídem* es base para que se agilice o se active la entidad de la cosa juzgada o la *litis pendencia*.

B) Historia del principio del *ne bis in ídem*

A pesar del nombre en latín, el origen de *ne bis in ídem* no es de origen latino, es de origen griego. Fue en la Constitución de Atenas “*Athenaion Politeia*”, obra de Solón que data aproximadamente entre el siglo VI y V antes de Cristo, donde se vio un primer esbozo de lo que sería su Ordenamiento Jurídico.

Este primer diseño de lo que sería el principio del *ne bis in ídem*, se vio reflejado en la obra de Demóstenes “*Contra Leptino*” concebido como un alegato oral, en donde defendía a Leptino de injurias en las que había ayudado a unas exenciones fiscales acordadas en favor de determinados benefactores atenienses, es decir un supuesto acto de corrupción. En esa época, se haría famosa su defensa como alegato oral, siendo adoptada posteriormente por los egipcios y algunas culturas mesopotámicas, pues estos ya tenían desarrollados tomando como punto de referencia a los griegos en otras disciplinas tales como: astronomía, matemática, etc., y atravesó un largo viaje de aproximadamente unos 2650 años, y por el momento, concluyó en nuestro sistema jurídico. La defensa ejercida por Demóstenes, se basó en que “las leyes no permiten que sea dos veces contra el mismo por los mismos”, en lo cual hacía referencia a no juzgar dos veces contra el mismo hecho. Además, hacía hincapié en recordar que, por cada crimen público, la ley prescribe que no será impuesta más que una pena, corporal o pecuniaria, a elección del tribunal; pero que cualquier decisión, solo debía ser escogida una de ellas, por lo que la acumulación está prohibida. Es decir, en este caso no se podría castigar a una persona a una pena corporal y a otra en la cual pagué por afectar algún derecho, sino el tribunal tendría que escoger entre alguno de esos dos.

Entonces, si lo analizamos de manera lógica, en ningún momento se establece más de una pena. De esta manera, sorprende que Demóstenes presentó hace 2650 (dos mil seiscientos cincuenta) años aproximadamente, una defensa que en la actualidad tendría una gran similitud con el principio del *ne bis in ídem*, pero también podemos hallar, de que la acumulación, en este caso penal y administrativa no es una alternativa para que el Estado pueda someter de nuevo a un juicio, y a la par se nos presenta que en un mismo hecho, se vean imposibilitados de sancionar con una doble pena por un mismo hecho. A su vez, Demóstenes en la diatriba contra Leptino, otra vez hizo gala de su defensa, la cual estaba muy avanzada para su época, tal vez no con nombres específicos, pero sí con ideas un tanto remotas que perfectamente en su época podría definirse como una

conceptualización del principio de ne bis in ídem, porque se refiere a que no se puede sancionar con una doble pena por un mismo hecho.

En la obra de Demóstenes que tiene “contra Timócrates”, nos señala que si en una oportunidad, cuando un tribunal competente falla en su decisión, no debería ser posible un nuevo juicio. Esto lo podemos ver en su defensa, citada por Navarre (1968):

En todos los casos en que haya habido un juicio anterior o rendición de cuentas, o sentencia de atribución pronunciada por un tribunal, en materia privada o pública, y en el caso de venta en beneficio del tesoro público, se prohíbe presentar una nueva acción sobre esos asuntos ante el tribunal, y a todos los magistrados someterla a consideración, y recibir ninguna acusación prohibida por las leyes” (p.147).

Este aporte de Demóstenes, es solo una pequeña demostración que proviene de la esencia del principio del ne bis in ídem, porque básicamente en su defensa señala que debería prohibirse que existan dos consecuencias a partir de un mismo hecho o prohibir la reconsideración de lo fallado por un tribunal.

Para Muñoz (2019) conceptualiza tres conclusiones del principio ne bis in ídem a partir de lo ejercido por Demóstenes:

- Está prohibido accionar dos veces contra el mismo por lo mismo (ne bis in ídem).
- Está prohibido asociar una sanción doble a un solo hecho (acumulación de sanciones).
- Está prohibido reconsiderar lo ya fallado por el tribunal competente (res iudicata o cosa juzgada) (p. 32)

En base a lo señalado por Muñoz, es de mucha sorpresa que, para los griegos incluso, encontrándose en un estado tan primitivo con respecto a la ciencia jurídica, de cierta forma ya se había identificado un principio que más adelante conoceríamos como ne bis in ídem, cuyo fundamento radica en que no se permite un segundo juicio de lo ya juzgado, es decir, que el Estado no pueda accionar dos veces por un mismo motivo o hecho o la no aplicación retroactiva de las leyes.

Estos avances griegos fueron plasmados posteriormente en el derecho romano en donde lo adaptaron a su orden procesal civil, debido al poco desarrollo que se le dio a su derecho penal público, que no distaba mucho en el que fue el Código de Hammurabi, donde era muy seguido asesinar al infractor de distintas maneras.

El principio estuvo en el Corpus Iuris Civilis, que es una obra recopilatoria del emperador Justiniano, en cuyo Códex hallamos la siguiente descripción del principio del ne bis in ídem “quien sea acusado de crimen público, no podrá ser acusado por otro del mismo crimen”. en este corpus, que es conformada por el Codex y el Digesto, se mantiene la esencia del principio que se tuvo en la Athenaion Politeia, sumándole la idea del concurso ideal de delitos, en la parte del Codex donde se señalaba que, si de un mismo hecho se producen varios crímenes, y de uno solo fuera acusado, no hay una prohibición que del otro crimen sea acusado por otro. El juez, sin embargo, acordará audiencia por el otro crimen, y no le será permitido dictar sentencia separada sobre un solo crimen antes de que haya efectuado completa examinación sobre el segundo crimen también.

En el Digesto, que es una compilación de cerca de 40 (cuarenta) sentencias, la cual está destinada a la práctica, y es aquí donde se regularía la res iudicata (cosa juzgada), donde es descrita como la que, por medio de una sentencia de un juez, tendrá la resolución de la controversia, ya sea que acabe en absolución o condena.

Ahora, este interesante viaje, nos lleva a la primera aparición del ne bis in ídem en la madre patria, aproximadamente entre los años 1256 y 1265 la España del Rey Alfonso X “el Sabio” de Castilla Y León, pero con algunos de los tintes griegos y romanos que los antecedieron. Según la Edición del Boletín Oficial del Estado (1974) la ley XII del Título I de la VII Partida señala “como aquel que es quitado un juicio acabado del yerro que fijo, no lo pueden acusar después” (p. 6)

Y esa se basa en:

Como aquel que es absuelto una vez por juicio acabado del delito que cometió, no lo pueden acusar después. Absuelto que sea algún hombre por sentencia válida por algún delito por el que lo hubiesen acusado, en adelante no lo podrá acusar ningún otro por aquel delito: salvo que se probase contra él que se hubiera hecho acusar él mismo engañosamente, ocultando algunas pruebas para que no se supiese el hecho para que lo absolvieran del delito, o del mal por el que él mismo se hizo acusar”.

Es decir, que no se podrá acusar por el mismo delito a la misma persona, aunque esto cambiará si es que realiza el mismo delito y existan medios probatorios sobre este que comprueben la acusación. El rey Alfonso X, lo que hizo fue de cierta forma recoger la idea de la escuela griega en la doble consideración de que se prohíba la duplicidad de enjuiciamiento, entendiéndose también como una duplicidad de sanciones, y de a su vez, prohibir también la consideración de algún caso previamente con una resolución.

Por otro lado, Conway (2003) señala que el origen de la institución del ne bis in ídem se puede atribuir de cierta manera a la justicia hebrea, en razón de 2 citas al profeta Nahum referidas a la condenación de Nínive y su destrucción anunciada por Yahveh, donde es manifestado en el texto de “Yahveh solo castiga una vez por un mismo hecho”. En esa línea de pensamiento, también aparece, en los libros de la Biblia, exactamente en Éxodo 20-23, Números 5, Levítico y Deuteronomio 19-2, es decir en 4 de los 5 libros del Pentateuco. Lo que nos da a conocer Conway, es que este principio solo hace referencias en base a responder razones de su creencia pero que son totalmente irrelevantes a la aparición de este principio, debido a que se desarrolló a partir del temor hacia una figura mesiánica, un Dios, en este caso el judeocristiano.

C) Regulación del ne bis in ídem en el ordenamiento jurídico nacional.

Caro (2006) señala que el ne bis in ídem procesal o formal, “es una garantía que impide el inicio de un nuevo enjuiciamiento penal basado en la imputación de un hecho ilícito respecto del cual existe un proceso anterior o en trámite”.

De esta manera, basándonos en un plano preventivo, el ne bis in ídem procesal proscribiremos así exista o no una cosa juzgada, en la que la persecución por un mismo contenido de

injusto es sancionatoria, sin que importe, si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.

Como señala Martínez, A. (2017) en su tesis “Aplicación del principio Ne bis in ídem como Derecho fundamental y el control del procedimiento Administrativo sancionador” nos menciona que:

El Tribunal Constitucional peruano, ha precisado que el principio del ne bis in ídem, cuenta con una doble dimensión: en su vertiente material, garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico; mientras que, en su vertiente procesal, garantiza el derecho a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, siguiendo la misma línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional español. (p.13)

D) Regulación en el ordenamiento jurídico internacional.

En la doctrina española, Beiling (2008) nos referirá sobre la relación entre el ne bis in ídem material y la cosa juzgada; donde señala que, el principio del ne bis in ídem logra alcanzar su genuino valor en las sentencias que se resuelven sobre el fondo, a su vez confirma que las resoluciones finales formales no pueden tener efectos definitivos sobre el fondo, y que, en consecuencia, no pueden despojar al titular de la acción penal de su derecho de la misma, porque no se satisface la pretensión del actor de examinar el objeto procesal. Como deducción, podríamos señalar que se puede negar la fuerza material de cosa juzgada, esto es, el efecto del ne bis in ídem.

Lo que prohíbe el ne bis in ídem es que el órgano sancionador, extraiga más de una consecuencia jurídica para el autor de un solo hecho. Con respecto a la afirmación anterior, López (1993) señala que “el estudio del principio ne bis in ídem exige no olvidar en ningún momento la máxima conceptual” (p. 13)

Se debe entender que la actitud a tener en cuenta, no debe olvidar el concepto del principio del ne bis in ídem, ya que tanto como la jurisprudencia ordinaria y constitucional no ha tenido significativo avance con respecto a la esencia de este principio.

También es importante señalar que en el artículo 8 numeral 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos el cual señala “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Lo que da a entender que si un absuelto no puede ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho podríamos aplicar el principio general de derecho del quien puede en lo más, puede en lo menos “qui potest plis, potest minus”. Haciendo referencia a que si un absuelto, es decir, alguien que ha sido condenado no puede ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho, menos podría serlo alguien que solo está siendo juzgado, en primacía al principio anteriormente señalado.

1.3. Análisis del caso Oliveira contra Austria del TEDH y el juez Repik (30-7-98)

Este caso visto en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos trata sobre una ciudadana portuguesa Maria Vieira Veloso de Oliveira la cual sufrió condenas sucesivas por el sistema de justicia suizo, debido a no controlar su vehículo y debido a este cause

lesiones físicas, que fueron consideradas negligentes en relación con un accidente de tráfico.

Señalando que este acto único constituyó varios delitos, siendo la falta de control de vehículo y la negligencia que causa lesiones físicas.

Para entender lo que sucedió a continuación, tenemos que señalar lo siguiente:

En este caso, el que recibió el caso es el Juez de Policía, pero al haber una víctima del accidente con lesiones graves, este juzgado no tenía competencia. A pesar de esto, dio una multa de 200.00 (doscientos) chelines suizos a la Sra. Oliveira por no adaptar su velocidad a las condiciones de la carretera, ya que debido al clima la carretera estaba cubierta de hielo y nieve.

A su vez, el Juez de Policía envió el expediente a la oficina del Fiscal del Distrito de Zúrich para ver si la Sra. Oliveira había sido causante de alguna lesión física grave, en concordancia con el artículo 125 inciso 2 del Código Penal de Suiza que señala: “si la lesión es grave, el infractor será perseguido aún en ausencia de denuncia”.

Y eso fue lo que ocurrió, la Oficina del Fiscal del Distrito de Zúrich dictó una orden penal, multando a la Sra. Oliveira con 2,000.00 (dos mil) chelines suizos por causar lesiones físicas de manera negligente, como resultado del accidente que causó la Sra. Oliveira. Pero la Sra. Oliveira apeló esa orden ante el Tribunal de Distrito de Zúrich y se le redujo la multa a 1,500.00 (mil quinientos) chelines suizos.

La Sra. Oliveira trató de hacer prevalecer en lo que ella su derecho, debido a que su defensa sostenía que se estaba incumpliendo el artículo 4 del Protocolo N°07, que es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual señala que nadie podrá ser juzgado o castigado nuevamente en un proceso penal bajo la jurisdicción del mismo Estado por un delito por el cual ya haya sido absuelto o condenado por una sentencia de conformidad con la ley y el procedimiento penal de ese Estado.

Básicamente, la defensa de la Sra. Oliveira señalaba que al habersele juzgado 2 veces por un mismo hecho, se violaba el principio del ne bis in ídem.

El resultado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) había señalado de que no hubo violación al artículo 4 del Protocolo N°07 (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), porque a pesar de que se juzgó 2 veces a la Sra. Oliveira y que lo correcto hubiese sido que el Juez de Policía dejase al Fiscal del Distrito de Zúrich, realice una sola sentencia respecto ambos delitos, las sanciones que se realizaron fueron por distintos delitos en cada jurisdicción.

La votación del TEDH fue casi unánime, 8 votos contra 1. El voto disidente fue del Juez Repik. En la que él señala que si tenemos a la identificación del acto (hecho) y a la calificación jurídica (fundamento), ¿cuál vendría a ser más decisivo, el hecho o el fundamento? Si el hecho es el que es decisivo, se excluye al fundamento para determinar la existencia del delito o que no haya delito. Ya que él señala, que, en este caso en concreto, que ambas decisiones que apeló la Sra. Oliveira provienen del mismo hecho, no siento necesaria la calificación del fundamento para determinación de un delito.

2. Materiales y Métodos

La presente investigación es de tipo documental. Se utilizó el método analítico para hacer una descomposición del objeto de estudio a base de las fuentes bibliográficas, tanto en formato físico como en virtual, ya sean libros, revistas académicas y/o científicas y otros tipos de publicaciones periódicas, tesis y otros materiales escritos; y el método documental para desarrollar los argumentos que sustenten los objetivos de la investigación, especialmente aquellos referidos al Ne bis in ídem en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, se ha utilizado la técnica del fichaje (fichas textuales, de resumen y bibliográficas) para sintetizar el fundamento teórico de la investigación.

3. Resultados y Discusión

3.1. Analizar la incertidumbre que existe entre el fundamento, el hecho y persona para el cumplimiento del principio de ne bis in ídem

Como bien es sabido para que se dé el principio del ne bis in ídem, en nuestra doctrina que se ha basado en la doctrina y jurisprudencia española, tienen que cumplirse con 3 elementos, los cuales son el elemento, el fundamento y la persona.

Aunque, como señala Caro (2006) “el reconocimiento legal de este principio ha sido todo menos rápido” (p.1) en la legislación peruana, pero aun así que en este apartado lo que se hará es que se ahondará en cada uno de estos elementos, y como vendrían a relacionarse para que se cumpla con este principio.

Y si de alguna forma, son totalmente necesaria la presencia doctrinaria de estos tres, o tal vez, se pueda prescindir de alguno, pero de igual manera se seguiría cumpliendo el ne bis in ídem.

De la misma forma Alejos (2018), hace referencia a “que es de obligación de prevalecer la vía penal sobre la administrativa, donde goza de una base constitucional”, esto significa que la vía penal pesará en caso de encontrarse culpable a la persona, debido a que se debe tener en cuenta la ponderación, tal y como lo señala Chinguel (2015) “que toda conducta o ideal de conducta, en medida que son genéticas deben cumplirse”, ya que en caso que no se cumpla el ideal de conducta de ciudadano modelo, significa que está infringiendo la ley, por lo que estaría realizando una conducta delictiva.

3.1.1. El hecho y la persona en el ne bis in ídem

Me gustaría partir del hecho de que hay algunos autores que suelen utilizar el ne bis in ídem, pero otro grupo prefiere utilizar la expresión del ne bis in ídem. Sin embargo, hay ciertas diferencias en su conceptualización. Tales como que el ne bis in ídem es definido como nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que hayan sido juzgado por resolución firme en un tribunal penal, y para Lizarraga (2012) la definición del ne bis in ídem sería “nadie puede ser juzgado doblemente por un delito” (p.25)

a) Importancia del hecho

De esta manera, podríamos señalar que el *ne bis in ídem* tiene un mayor alcance pues hace referencia al hecho en sí mismo, mientras que el *ne bis in ídem* solo hace referencia a los delitos, haciendo que el *ne bis in ídem* abarque más enfoques teniendo en cuenta que, no todo hecho es delito.

Para que haya un hecho, tendría que existir la determinación de que se refiere “un mismo hecho” y como menciona García (2018) “debemos tener en cuenta que se está refiriendo a un hecho igualmente fáctico y no a una calificación jurídica” (p.48), por lo que se podría señalar, que de profunda necesidad que se sepa diferenciar los distintos sentidos en los que se pueda referir esta expresión, para que luego se determine en el derecho como se podría utilizar.

El punto de inicio, con respecto a la contraposición del hecho propio del derecho penal sustantivo en el que se ve como un concepto jurídico-penal de hecho, y un concepto de hecho propio en el derecho procesal penal, al cual nos referiremos como el concepto procesal del hecho.

De lo que nos podemos dar cuenta, es que, en el concepto jurídico penal del hecho, no se tiene que estar necesariamente en concordancia con el concepto de hecho, porque esto permite que las reglas que instituyen y sean reguladas en el proceso penal. Lo que se debe destacar en este punto es que se debe considerar que algunas de las funciones realizadas por el derecho procesal penal, solo serían entendidas como funciones meramente secundarias en contraposición a las funciones primarias del derecho penal. Entonces, si nos basamos en esto, podríamos encontrar una sincronización entre el concepto jurídico penal y la definición del concepto procesal de hecho.

Lo que debemos buscar entre el concepto jurídico penal y el concepto procesal del hecho, sería que encontrásemos una relación recíproca entre estos, que nos lleve a un punto que entre estos dos conceptos se resguarden y ayuden a cubrir algún punto ciego desde la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, en la impugnación de una sentencia firme, que tiene carácter excepcional, tiene una fuerza de cosa juzgada, pero a través del recurso de revisión, vendría a expresarse la solución de un conflicto suscrito por el que solicitó la revisión, para llegar a la función de la verdad y la de certeza jurídica que se desempeña en el proceso.

En el derecho penal, cuando hablamos sobre el hecho, es para señalar un determinado hecho delictivo, el cual se distingue como su propio nombre lo señala, son hechos que se distinguen por ser delitos. En el caso del *ne bis in ídem*, es muy importante la forma, el proceso por el cual llegamos para individualizar un delito, de modo que podamos identificar cuáles serían las condiciones en las que existe un único delito.

Sin embargo, como lo señala Moore (1993):

“Hay dos cuestiones de identidad, que sí o sí deben ser distintivos: una como una cuestión de identidad relativa al tipo delictivo realizado, por un lado, y la otra como una cuestión de identidad relativa a la concreta distancia de realización de este tipo delictivo, por otro” (p.265)

A su vez, para que se dé la existencia de solo un delito, es indispensable que se tenga en cuenta y se compruebe que solo se haya realizado un tipo delictivo. Pero, si nos percatamos que existe la realización de más de un tipo delictivo, se tendría que identificar varios delitos como sean los tipos delictivos, y si es que tienen lugar a una sola acción o a través de varios de estos. Debemos tener en cuenta también, que tanto acción como omisión son tomados en cuenta como un hecho.

Si llegase a suceder una consecución de hechos, podríamos estar frente a un concurso, ya sea ideal o real de delitos de diferentes tipos delictivos. Frente a esto, Bending (s.f.) señala que en “en este sentido, hay tantos hechos delictivos como tipos delictivos realizados (de manera imputable)” (p. 565).

El *ne bis in ídem*, exige que la única restricción en la forma de prohibición de la doble valoración, afecte en casos, que, ya sea por motivos formales o materiales, dos o más de los tipos delictivos realizados, puede ser que sean considerados, de manera parcial o no, idénticos entre sí. A esta exigencia, tendría que reconocérsele el carácter aparente, con respecto al concurso de delitos en cuestión, de la mano con algún criterio de legalidad, subsidiariedad o consunción, los cuales permiten que sea factible para la fundamentación del concurso de delitos.

Para señalar la existencia de un solo delito, es esencial que el tipo delictivo del se habla, deba haber sido realizado una sola vez, esto es debido a que, si una misma descripción de comportamiento delictivo se ve realizada más de una vez, esto es debido a la obviedad en la que, si una misma descripción de una conducta delictiva se ve realizada más de una vez, a primera vista se deberá reconocer cuanto delito como instancia como instancia de realización del tipo delictivo en cuestión.

Otra exigencia del principio del *ne bis in ídem*, es que hay una restricción que puede ser operativa asociada a una posibilidad, en la que, en un principio se pudiera parecer a un conjunto de varias realizaciones de un mismo tipo delictivo. Esto debe ser entendido, ya sea por cuestiones formales o materiales como una sola realización del tipo delictivo en cuestión.

En estos casos, se reconoce que una unidad de acción u omisión delictiva, trae como consecuencia a la negación de un concurso de delitos, es decir a un solo delito de un solo hecho delictivo.

Lo primordial, en estos análisis en referencia al hecho delictivo, es de vital relevancia en los problemas de individualización que se encuentren bajo el principio del *ne bis in ídem*, ya que siempre está acompañado de la pregunta ¿si en un caso cualquiera concurren una o más tipos delictivos? Y no por la pregunta de ¿cuántas acciones u omisiones concurren?, sino que nos basamos en la relevancia del tipo delictivo dejando de lado a la acción u omisión, en lo que vendría a simplificarse en la idea de un solo delito, es decir de un solo hecho delictivo.

En lo que respecta al hecho delictivo, cabe decir que hay un problema de individualización que es de menester interés para el principio *ne bis in ídem*, debido a que el inicio de este problema es, si en un caso se concurre a una o varias realizaciones de un tipo delictivo, no se toma en cuenta al número de acciones se concurriría. Basándonos en

esto, Moore (1993), afirma que “en otros términos, el concepto de un hecho delictivo del derecho penal sustantivo es un concepto intencional o no extensional” (p.280), en cuanto a que la plena identificación de un hecho delictivo, siempre hará alusión a una concisa descripción, en la cual señala que la realización de un determinado tipo delictivo, se puede tener en cuenta como un hecho delictivo.

Por ejemplo, si se ejecuta un disparo de un arma de fuego da a lugar a la realización de otros dos tipos delictivos diferentes, un homicidio y un aborto, debido a que el disparo se realiza a una mujer embarazada, donde se da la muerte de esta y la del feto. Entonces, existirían dos hechos delictivos diferentes, lo que significa que habría múltiples hechos delictivos.

Otro ejemplo que explica el concurso homogéneo o múltiples realizaciones de un tipo delictivo, sería el estallido de una bomba tiene lugar a dos veces la realización de un mismo tipo delictivo, debido a que a consecuencia del estallido hay dos personas que fallecen, entonces estaríamos frente a dos hechos delictivos diferentes.

El derecho penal sustantivo, a su vez, conoce otra noción de «hecho», la cual sirve para la cualificación de un concurso de delitos como un concurso ideal, únicamente en interés a que las dos o más ejecuciones del semejante o de diversos tipos delictivos ocupan lugar en «unidad de hecho».

Tal es así que, en uno de los ejemplos comentado, tanto el delito homicidio como el delito de aborto fueron realizados por medio de “un solo hecho” –constante en un solo disparo del arma de fuego, causando por medio de este, el descenso de la mujer embarazada y del feto, al igual que dispone el art. 75 del Código Penal Chileno.

Es fundamental prevenir que este concepto de hecho, en capacidad de cuya aplicación la concurrencia de dos o más hechos delictivos da por hecha la forma de un concurso ideal, no es el mismo concepto de hecho que se utiliza para reiterar que, en el punto de vista del mismo caso, en el cual Binding (1991) señala que “el homicidio y el aborto establecen distintos hechos delictivos.” (p. 87). Cuando esto se manifiesta acorde al caso mencionado previamente, tanto el tipo delictivo del homicidio como el del aborto son ejecutados en unidad de hecho, este concepto de hecho actúa como un concepto frágilmente extensional, siendo así un concepto que hace factible el reconocimiento de un solo hecho no por alusión propia a alguna de las dos descripciones implicadas, sino más bien por medio de esas mismas descripciones.

Eso se da puesto, que la unificación como un solo hecho de las dos o más realizaciones del mismo o de diversos tipos delictivos por definición no puede fundamentarse en reconocimiento de éstas como si fueran una sola realización típica, en vista que la premisa de reconocimiento de un concurso es representada como una pluralidad de hechos delictivos concurrentes, así como lo recomienda la adecuación de los encabezados de los arts. 74 y 75 del Código Penal Chileno.

Al contrario, lo apropiado es acogerse a una pauta con relevancia normativa para argumentar la unificación de las diversas realizaciones típicas concurrentes que, de todos modos, justifique el tratamiento punitivo más benévolo que el legislador relaciona al concurso ideal frente al concurso real, el cual es aquella forma de concurso que se caracteriza, únicamente, por no presuponer una unidad de hecho entre las diferentes realizaciones típicas concurrentes.

No obstante, es considerable mencionar que esta pauta de identificación de una unidad de hecho, orientada a hacer adaptable el régimen punitivo respectivo al concurso ideal, sólo procura brindar una base racional que esclarezca, aunque eso no necesariamente signifique justificar, la decisión legislativa a favor de la diferenciación del régimen aplicable al concurso ideal y el régimen adaptable al concurso real. La controversia al respecto evidencia que la aceptación de un régimen punitivo más benévolo para los casos de concurrencia de realizaciones típicas en unidad de hecho –esto es, para los casos de concurso ideal– es una delimitación que el legislador efectivamente puede hacer suya, pero que en ningún caso está forzado a hacer suya. Y, en vista de que todo concurso ideal es un concurso de delitos cuyos contenidos de ilicitud correspondientes son mutuamente autosuficientes, la duda está fuera del alcance del principio *ne bis in ídem*, de no ser así, se hablaría de un concurso aparente.

Tanto el concurso ideal como el concurso real se pueden asumir de dos formas, esto vendría a ser si es que dos o más delitos que se hallan en situación de unidad de hecho, en los términos recién mostrados, se atañen precisamente a la realización de dos o más tipos delictivos diferentes, o bien con la realización de un mismo tipo delictivo, ya sean dos o más veces. En el caso del homicidio y el aborto, el concurso ideal asume la forma de un concurso heterogéneo; en el segundo caso, el caso de la bomba y el doble asesinato, de un concurso homogéneo.

Es así, que por medio de un solo disparo de un arma de fuego da lugar a la realización de dos tipos delictivos distintos, por ejemplo, la descripción del homicidio y la descripción del aborto, será una relación de concurso ideal heterogéneo, en donde sabemos que se ha de admitir la existencia de dos delitos o hechos delictivos distintos. De la misma manera, si por medio de la detonación de una bomba se ve realizado tres veces el tipo delictivo del homicidio, debido a que como resultado de la explosión fallecen tres personas, entonces se debe admitir la presencia de tres delitos o hechos delictivos diversos, que, en este caso, guardan relación con el concurso ideal homogéneo.

El concurso ideal homogéneo, tiene una particularidad en donde se enfrenta a una objeción, debido a que existen sugerencias en las que se plantean descartar la posibilidad de un concurso ideal homogéneo que permaneciera impuesto al régimen previsto por el art. 75 del Código Penal Chileno.

Habitualmente para ello se invocan dos argumentos. Antes que nada, se sustenta que el concepto de hecho, en el que el legislador apela al inciso 1° del artículo 75, donde se comprendería no sólo la acción sino también el resultado. Para Novoa (2005) “esto se daría siempre y cuando se traten de delitos de resultado, por lo cual habríamos de considerar tantos hechos como resultados delictivos se tengan en contemplación” (p. 232). El problema yace en que este argumento, no puede culminar en que estaría excluyendo la oportunidad de aceptar un concurso ideal homogéneo bajo el art. 75, pues si, el argumento se elabora de manera coherente, debería valer igual para cualquier caso de concurso ideal heterogéneo de dos o más delitos de resultado.

Tal como se mencionó en el caso de que una persona causa la muerte de una mujer embarazada y también la muerte del feto a través del mismo disparo de un arma de fuego, es aparente que, bajo la suposición de que se cubran los presupuestos de imputación correspondientes, nos encontraríamos frente a la existencia de dos delitos de resultado,

en la medida, que tanto la ejecución del homicidio como la realización del aborto dependen de la presencia de un resultado.

Es así como, las consecuencias del cumplimiento del art. 75, siempre existirán tantos hechos como resultados, en el caso del ejemplo el desenlace sería negar la presencia de un concurso ideal o heterogéneo, para argumentar, la no presencia de un concurso real. Después, el primer argumento queda sin validez puesto que, desde el punto de vista de la relación en que se hallan los conceptos de hecho y de resultado, para los efectos de la vigencia del art. 75 del Código Penal, no hay discrepancia alguna entre los casos de concurso homogéneo y los casos de concurso heterogéneo.

Mientras tanto, el segundo argumento se dirige a que los términos que han forjado el régimen de determinación de la pena previsto por el inc. 2º del art. 75 lo harían impracticable a los casos de concurso ideal homogéneo. Esto, a condición de que ese régimen consta en precisar cuál es la pena correspondiente al delito mayor, que cubre la pena de los demás delitos concurrentes, de esta manera pasar a imponerla en su umbral máximo: “absorción agravada”. Luego, se dice, el régimen mencionado no sería pertinente si los dos o más delitos concurrentes son de igual gravedad, que es exactamente lo que pasaría en una situación de concurso ideal homogéneo. Pero el argumento anterior ignora que el mismo problema podría darse en una situación de concurso ideal heterogéneo.

Pues se explica de manera algo clara que, dos o más delitos de distinta especie, en el sentido en que cada uno de ellos se basa en la atribución de un tipo delictivo distinto—pueden resultar de igual gravedad haciendo hincapié a su penalidad correspondiente. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sujeto que provoca un aborto, ejerciendo violencia sobre la mujer embarazada, causándole lesiones corporales que le lleven a la infertilidad.

Ahora, encontramos un problema según (Gómez, 2017) porque:

Quando se trata de personas jurídicas y, en particular, con las personas naturales que actúan por ellas. En Derecho Penal, por regla general, una persona jurídica no es imputable de la comisión de delitos, pero sí sus representantes. Sin embargo, en el ámbito administrativo, la regla es la inversa, puesto que en su mayoría las sanciones son aplicadas a personas jurídicas, pero nada impide que posteriormente se persiga la responsabilidad, sea penal o administrativa, de las personas naturales que la representan bajo el argumento de que se trata de personas distintas. (p. 114)

En otras palabras a lo señalado por Gómez, habrá un poco de complicación cuando se persiga a las personas jurídicas y a las personas naturales desde el derecho penal, debido a que en el caso que una persona jurídica cause un delito, quién afrontará el caso sería una persona natural, que vendría a ser uno de sus representantes, pero en el ámbito administrativo, se aplica la sanción a la persona jurídica, y también se puede responsabilizar a las personas naturales que representen a la persona jurídica.

b. Importancia de la persona

El segundo requisito, para la aplicación del *ne bis in ídem*, como se ha mencionado en el transcurso de esta investigación, es el elemento subjetivo. Al respecto, el máximo órgano de control constitucional ha sido claro y sucinto al referirse a este requisito como aquel

que importa que la “persona física a la cual se le persigue tiene que ser necesariamente la misma” (Exp. N° 04234-2015-PHC/TC). De esta escueta definición, no emana ningún tipo de confusión o problema mayor; no obstante, la misma no tiene en cuenta las variables o ámbitos en los cuales puede desglosarse el elemento subjetivo del *ne bis in ídem*.

Proporcionando un concepto más desarrollado; Canchari (2016), señala que “el momento en que hacemos referencia al elemento de identidad de sujeto, expresamos la imposibilidad de que recaigan dos o más sanciones sobre el mismo sujeto en quien ya ha recaído una sanción anterior por mismo hecho y fundamento”. Este autor toma en cuenta lo que en doctrina se conoce como contenido material del principio, esto es, que la persona a la cual se sancionó –o contra quien se sigue un proceso respecto de un hecho ilícito- no puede ser la misma a la que se sancione o se le inicie un proceso por el mismo hecho. Agreguemos a este concepto, que el elemento subjetivo se enfoca únicamente en el sujeto que comete el hecho, sin importar los agraviados o algún otro elemento externo.

De otro lado, también es menester partir del contenido procesal del principio, para extraer otra vertiente del requisito en comento; premisa bajo la cual, podemos señalar que la identidad de sujeto importa también la imposibilidad de seguir o iniciar dos o más procesos paralelos a una misma persona, por un mismo hecho y fundamento.

Así pues, la identidad de sujeto exige un análisis no solo respecto a la conducta realizada y las consecuencias que esta acarrea; sino también sobre la afectación que el sujeto pueda sufrir, ya sea en que su libertad se vea limitada o que se cause perjuicio a sus bienes jurídicos, o como señala Cabrera (2018) “evitar que ambas pudieran recaer sobre el mismo sujeto y sufrir una doble consecuencia jurídica por una conducta contraria a ley”.

Lo explicado en líneas precedentes tiene mucho sentido, en cuanto a la naturaleza y fin del *ne bis in ídem*, pues a través del elemento subjetivo (del cual, queda claro, no se puede prescindir), se conseguiría que la persona que habiendo cometido, hecho ilícito ya sea por vía penal o administrativa y fue sancionado, se tiene plena seguridad en que el Estado no volverá a perseguir o sancionar por el mismo hecho, lo cual permitiría a organizar su vida con plena libertad en el camino del bien, toda vez que confía en la no intromisión del Estado, porque se entiende que este ya no puede ejercer su pretensión punitiva.

Ahora bien, en principio, la aplicación de este segundo requisito no trae problema alguno; de hecho, ni siquiera el Tribunal Constitucional ha encontrado mayor barrera en su utilización. En tal medida, a efectos del estudio del principio, sería suficiente comprobar cuáles son las características físicas o identidad del sujeto; para no realizar una persecución múltiple. *Empero*, no para todo sector de la doctrina, tal simplicidad con la que definimos el requisito de la identidad subjetiva es verdadero; sino que el concepto del mismo es más amplio, se ha ido complejizando; pues, por ejemplo, tal como sustenta Ramírez (2016), dicho ejercicio de simple comprobación de identidad subjetiva se quiebra en supuestos en los que una misma persona interviene en ejercicio de distintos títulos jurídicos.

Este sería el caso de ampliar lo que entendemos por el concepto de persona, esto es, que habría que precisar que el requisito subjetivo del *ne bis in ídem* se refiere al sujeto en sí, no únicamente a la persona natural que realiza un hecho merecedor de sanción o pena. Un ejemplo claro es aquel en el cual un mismo sujeto actúa como representante de una

persona jurídica. En este caso, debemos poder distinguir entre las responsabilidades que cabrían a las personas naturales por un lado (como representantes de la persona jurídica), y a las personas jurídicas por otro. Y ello es así, porque está completamente claro, en nuestro sistema jurídico como en muchos otros, que es imposible que las personas jurídicas cometan delitos o infracciones, y por tanto, tengan que recibir las sanciones correspondientes a estos actos.

Si partimos de esta premisa, y a efectos de superar la impunidad, se considerará responsable penal a alguna persona natural, no obstante, precisamente en circunstancias así, podría surgir un eventual problema de afirmación de identidad subjetiva a efectos de lo estudiado, pues tal como señala De La Cruz (2019)

Podría darse la situación de que, a falta de consagración de responsabilidad penal de la persona jurídica por determinados hechos, se haga responsable a la persona natural con los suficientes poderes de representación para ello, pero que, sin embargo, en otro orden sancionador -como el Derecho Administrativo Sancionador- las personas jurídicas sí puedan responder por esos hechos, de forma tal que pese a la condena de la persona natural en sede penal, sí fuese posible sancionar ahora a la persona jurídica

A raíz de un caso así, surgiría la interrogante de si hay identidad subjetiva en casos en que una persona actúa en representación de otra, que, en nuestro ordenamiento, no es capaz de cometer delitos. Estamos, ante casos en que la identidad no se circunscribe a los rasgos que hacen de un sujeto único e irrepetible, sino que podríamos predicar, eventualmente, la referida igualdad aun en casos en que dos o más sujetos se encuentren vinculados a través de determinada relación que obligue a ser considerados como un único sujeto. Estos supuestos son abordados principalmente en la concurrencia del orden penal y administrativo, así como en ámbitos estrictamente administrativos.

En síntesis, tal como afirma Ottaviano (2018) “el problema político criminal y jurídico penal ante el delito cometido en el ámbito de una persona jurídica debe responder sólo ésta, sólo la persona física involucrada o ambos no es, sino colateralmente una cuestión de bis in ídem”. Y al respecto, para poder afirmar que existe una vulneración de la prohibición, el caso en concreto deberá verificarse tanto la persona jurídica como, la persona física. Lo que devendrá en, una inaceptable doble afectación de los derechos de esta última por las particulares relaciones existentes entre ambas.

Pero prescindiendo de la solución o la unanimidad respecto a lo antes referido, aquel no es el único caso que nos lleva a entender que el concepto del elemento del elemento subjetivo no puede limitarse a corroborar la identidad física del sujeto infractor, sino que también esto puede verse ejemplificado en los casos en los que la Administración esté ligado con la Administración a través de dos tipos de relaciones (funcionarios o servidores), lo cual nos enfrenta no a un mismo sujeto, sino por el contrario a dos diversos, de cara a la Administración pública.

Así pues, cuando se habla de la identidad de sujetos en el principio ne bis in ídem, nunca hay que perder de vista que la misma no puede circunscribirse a la comisión de un hecho punible por una persona natural, sino que el concepto debe adaptarse también a las distintas formas de subjetividad recogidas en nuestra legislación, como es la existencia de personas jurídicas.

Este requisito, pese a parecer sencillo y de fácil entendimiento, sí es esencial y necesario para la aplicación del principio del *ne bis in ídem*, pues de prescindir de él, estaríamos olvidando también la esencia y naturaleza del principio que nos ocupa, que es, fundamentalmente, garantizar que el Estado no excederá su pretensión punitiva y que el sujeto de protección no se vea afectado por la imposición de doble castigo por el mismo hecho cometido.

3.1.2. Jurisprudencia en el Perú

En la N° 8453-2005-PHC/TC se hace mención a una de las dimensiones del *ne bis in ídem*, en las cuales encontramos al *ne bis in ídem* material o sustantivo y al *ne bis in ídem* procesal o formal.

De manera concisa nos señalan que el Juez penal emplazado, vulnerando el principio de *ne bis in ídem*, el cual nos dice que ninguna persona puede ser condenado dos veces por los mismos hechos, abrió instrucción penal, con mandato de detención, contra los beneficiarios por la presunta comisión del delito de estafa.

Encontramos su valoración en que ayudara a poder determinar cuál es el concepto jurisprudencial que se tiene sobre el *ne bis in ídem* material o sustantivo. Esta seguridad señala que no se puede condenar a una persona por los mismos hechos, es así que “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho” debido a que se manifiesta una imposibilidad de que exista una reincidencia de condenas sobre la misma persona por una misma infracción, eso recaería en un exceso del poder sancionador, yendo en contra de las garantías del Estado de Derecho.

3.1.3. Jurisprudencia en el extranjero

Con fecha del 30 de enero de 1981, el Tribunal Constitucional español, dictó la primera sentencia del *ne bis in ídem* en ese ordenamiento jurídico. El caso consistía en una aparente entrada ilegal a España de una partida de diamantes, pero de contrabando. El demandante en el amparo, se justificaba alegando que fue objeto del expediente sancionador 38/78, en el que resultó como encubridor de una infracción de contrabando, además de ser condenado bajo las Diligencias Preparatorias 201/78 del Juzgado Central de Instrucción, como causante de un crimen monetario en grado de tentativa, que significa intentar retirar del territorio una abultada cantidad de dinero.

El Tribunal Constitucional al darse cuenta de que se trataban de hechos distintos, siendo castigado por leyes distintas y siendo cometidos en fechas distintas, no se dudó al momento de desestimar la demanda de amparo, pero fue un primer ápice de doctrina sobre el *ne bis in ídem* en ese ordenamiento jurídico, donde se señalaba que la duplicidad de sanciones, tanto penal como administrativa está vedada por el *ne bis in ídem*, siempre que se dé una identidad de sujeto, hecho y fundamento, sin una existencia de relación de preeminencia especial de la Administración, en donde se justificaría la doble intervención sancionadora.

Entonces, se amparaba este doble enjuiciamiento y condena por unos mismos hechos, siempre y cuando los intereses de la administración así lo exigiesen. Contemplar un

distinto fundamento a la vez de la relación de especial sujeción, siendo mencionada aquí como una supremacía especial, genera una discusión con respecto a que existió una violación del *ne bis in ídem* de forma injustificada para algunos.

Como contra punto, la procedencia de otorgar o no el amparo (recordando que no se dio), el Tribunal Constitucional señala que la infracción de contrabando como el delito monetario tenían distintos bienes jurídicos protegidos, en la que lo simplificaba la explicación de manera tal que se trataba de hechos diferentes, identificables y sucesivos en el tiempo, entonces no era correcto señalar un “distinto fundamento” para fundamentar la denegación del amparo en la falta de identidad, pues una cosa es ayudar en la introducción de contrabando y otra es intentar retirar ilegalmente del país una importante suma de dinero.

El trabajo interpretativo que fue desarrollado por el Tribunal Constitucional chileno ha sido revelador para darle un sustento constitucional al principio y, al mismo tiempo, ha cooperado en su construcción dogmática. El Tribunal chileno ha indicado que el *ne bis in ídem* se encuentra entendido en diferentes órdenes constitucionales. De igual manera, ha sostenido que se refiere a un principio fundamental de todo ordenamiento democrático, el cual implica que nadie debería ser juzgado y/o sancionado dos veces por un mismo hecho, estableciendo una doble limitación para el sentenciador, por una parte, una de carácter procesal y, por otra, de naturaleza material o sustantiva. Además, ha determinado que para su concurrencia sería imprescindible una coincidencia de sujetos, hechos y fundamento.

3.1.4. Propuesta y viabilidad

Dentro de los motivos y causas de este trabajo de investigación, se ha tratado de explicar el porqué de la eliminación del fundamento, como elemento del *ne bis in ídem*, así como por qué debería solo utilizarse a los elementos del hecho y de la persona como los elementos que conforman este principio.

Entonces, en base a lo mencionado, es de suma relevancia que se tenga en cuenta que aquellos hechos que tengan relevancia penal y que sean de idéntica configuración y calificación en sede administrativa sean eliminados o derogados, a fin de que hay una preeminencia del derecho penal.

La forma en la que se podría instaurar la nueva modalidad del principio del *ne bis in ídem*, es que se realice una interpretación de la Corte Suprema a través de un Acuerdo Plenario en donde debería tenerse en cuenta el artículo 8 numeral 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se señala que si un absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos. Este artículo le da una notable importancia al hecho, más no a la calificación jurídica o fundamento.

Aquí debería tener en cuenta que somos un Estado Constitucional de Derecho, nuestro ordenamiento jurídico debería ir en concordancia con las normas internacionales. Y para que eso sea posible, lo que propongo es un Acuerdo Plenario desarrollado por la Corte Suprema teniendo en cuenta un tratado internacional como lo es Convención Americana de Derechos Humanos o mejor conocido como el Pacto de San José de Costa Rica.

Conclusiones

Como he venido señalando en la presente investigación, luego de analizar bases teóricas, jurisprudencia tanto nacional como internacional, podemos llegar a la conclusión de:

El principio del *ne bis in ídem*, según el Tribunal Constitucional peruano (TC) en su jurisprudencia, para que se dé su configuración tienen que darse los 3 elementos: persona hecho y fundamento. Pero lo que se propone en este trabajo es que, en lugar de tener a esos 3 elementos, solo se tengan en cuenta a los elementos del hecho y de la persona, excluyendo de esta manera al elemento del fundamento. Esto debido a que consideramos que el elemento del fundamento no es necesario para que se ponga en práctica este principio, ya sea en el derecho penal o derecho administrativo, ya que lo decisivo debería ser el hecho, no el fundamento, debido a que lo más importante al momento de enjuiciar es la conducta o hecho.

El Perú, al ser un Estado Constitucional de Derecho, que significa que toda interpretación de la norma tiene que darse a partir del ordenamiento jurídico internacional y nuestro ordenamiento jurídico nacional tendría que mantenerse en consonancia, tanto nuestra Constitución y legislación interna teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 8 numeral 4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, donde se señala la importancia del hecho por una cuestión de seguridad jurídica. También podríamos tener en lo señalado por el juez Repik en la sentencia Oliveira contra Suiza 30-7-98, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde tiene en cuenta al otorga importancia al hecho, más no al fundamento, es más, le resta valor, dando a entender que si el hecho es decisivo en el caso en cuestión, el fundamento no debería ser tomado en cuenta, porque independientemente de una calificación jurídica, a la que considera no determinante, lo sancionable para el *ne bis in ídem* sería suficiente con que se configuren el hecho y la persona para estar frente a este principio.

Recomendaciones

Se recomienda hacer un mayor análisis o investigación sobre el principio del *ne bis in ídem*, debido a la propuesta de eliminar el elemento del fundamento del principio del *ne bis in ídem* teniendo en cuenta la seguridad jurídica del ordenamiento nacional. Para esto debemos tener en cuenta un el artículo 8 numeral 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y también la sentencia 30-7-98 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, específicamente la explicación del voto del Juez Repik, en las cuales se señala que la calificación jurídica o fundamento, siendo parte de uno de los elementos del *ne bis in ídem* no iría en consonancia con el artículo antes mencionado del Pacto de San José de Costa Rica ni con lo señalado en el voto disidente del Juez Repik en una sentencia del TEDH.

Con el fin de resguardar y proteger lo que dicta la Constitución en su artículo 139 inciso 3, el cual señala la importancia de un debido proceso. Para lo cual, tendría que eliminarse el fundamento como elemento del *ne bis in ídem*, ya que en el presente trabajo sostengo que no es importante la calificación jurídica para poder aplicar el principio del *ne bis in ídem*, solo siendo realmente necesario el *actus reus* (hecho) y la persona.

Referencias bibliográficas

- 1) Alejos, Y. (2018) El principio non bis in ídem en el derecho penal. Recuperado de: <https://lexcerta.pe/articulo-academico-el-principio-non-bis-in-idem-en-el-derecho-penal/>.
- 2) Alfonso X de Castilla (1974) Las Siete Partidas, Edición del Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- 3) Arrarte, A. (2001). Apuntes sobre los alcances de la autoridad de Cosa Juzgada en el proceso civil peruano, Proceso & Justicia, Lima.
- 4) Arroyo, L y Nieto, A. (2007). El principio de Ne bis in Ídem en el Derecho Penal Europeo e Internacional, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca.
- 5) Beling, E. (1998). Derecho procesal penal, Labor, Barcelona
- 6) Binding, K. (1991): Handbuch des Strafrechts.
- 7) Caballenas, G. (1992). Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos, 4ta edición, Heliasta, Buenos Aires.
- 8) Cáceres, R. (2009). Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal, Grijley, Lima.
- 9) Canchari, E. (2016). El principio de Ne bis in ídem y su Aplicación en el Derecho Tributario Sancionador: Controversias y Problemáticas Actuales.
- 10) Caro, D. (2006). El principio ne bis in ídem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal penal. Materiales de la maestría en Derecho Penal de la Universidad Católica del Perú, Lima.
- 11) Chinguel, A. (2015). El principio de Ne bis in ídem analizado en torno a la diferencia entre el injusto penal e infracción administrativa: buscando soluciones al problema de la identidad de fundamento (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú.
- 12) Chiovenda, G. (1931). Cosa giudicata e preclusione. Reimpresión de la edición, De Toma, Milán.
- 13) Conway, G (2003), Ne bis in idem in international law en International Criminal Law Review, vol 3.
- 14) Díaz, J. (1971). Los principios generales del Derecho, Plus Ultra, Buenos Aires. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Los-Principios-Generales-del-Derecho-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR0iZ9rqhWxplWh8o5ELpR_8WJDO3ukNs4ILp7L7Py3tsTeVXI8KHvv-N4
- 15) García, D. (2018). La inducción al voto y su afectación a los principios de última ratio y Ne bis in Ídem en el Perú (tesis de pregrado). Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo, Huaraz, Ancash, Perú.
- 16) García, G (2015). Consecuencias del principio “ne bis in ídem” en Derecho Penal.
- 17) Gómez, R. (2017) El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n49/0718-6851-rdpucv-49-00101.pdf>
- 18) Leal, M. (2015). La inaplicación del Principio Non Bis in ídem en la relación de sujeción espacial de los Funcionarios y Servidores Públicos (tesis de postgrado). Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad, Perú.
- 19) Legaz, L. (1953). Filosofía del Derecho, Barcelona.

- 20) Lizarraga, V. (2012). Fundamento del “ne bis in ídem” en la potestad sancionadora de la administración pública. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120908_02.pdf
- 21) Mans, J (1957). Los principios generales del Derecho, Barcelona.
- 22) Mañalich, J (2011) El principio ne bis in ídem en el derecho penal chileno. Recuperado de: http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MA%C3%91ALICH%20_10.pdf
- 23) Mendoza, D. (2014) El non bis in ídem: A propósito del Acuerdo Plenario N°01-2013-CG/TSRA. Recuperado de: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/05/Dante-Mendoza-Antonioli-El-non-bis-in-idem.pdf>
- 24) Moore, M. (1993) Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law.
- 25) Muñoz. J y Caballero. J (2019). Ne bis in ídem, hechos, penas, sanciones, Aranzadi, Navarra
- 26) Novoa, E. (2005). Curso de Derecho Penal Chileno, tomo II.
- 27) Núñez, F. (2009) La aplicación del principio non bis in idem en el delito de manejar en estado de ebriedad: ¿Cuál es la consecuencia si el primero que interviene es el derecho administrativo sancionador y posteriormente pretende intervenir el derecho penal? Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130908_02.pdf
- 28) Ottoviano, S. (2018). El principio de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal en el Derecho Internacional (tesis doctoral). Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.
- 29) Redondo, B. (2017) Principio “non bis in ídem”. Recuperado de: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32368/TFM.%20NON%20BIS%20IN%20IDEM.pdf?sequence=1>
- 30) Urcos Vargas, Fabiola (2018). La reincidencia y la habitualidad criminal frente al principio Ne bis in ídem en el Derecho Penal Peruano (tesis de pregrado). Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, Pasco, Perú.

Anexos

- 1) Jurisprudencia N°1670-2003-AA/TC:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01670-2003-AA.html>
- 2) Jurisprudencia: N°2050-2002-AA/TC:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>
- 3) Jurisprudencia: N°4234-2015-PHC/TC:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04234-2015-HC.pdf>
- 4) Jurisprudencia 8453-2005-PHC/TC:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08453-2005-HC.pdf>