

Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sobre el Principio *Non Bis In Idem*

Janeyri Boyer Carrera*

SUMILLA

El siguiente artículo tiene como tema central el análisis de los diversos criterios jurisprudenciales que ha utilizado el Tribunal Constitucional acerca del principio *non bis in idem*. En un primer momento, el artículo plantea cuál es la concepción general que se tiene sobre el principio *non bis in idem* para posteriormente, analizar específicamente como se configura en nuestro ordenamiento jurídico. Acto seguido, se continúa con el tratamiento que le brinda la jurisprudencia del Alto Tribunal en relación al principio de cosa juzgada y al principio de legalidad, reconocidos constitucionalmente como bases del Estado Constitucional de Derecho. Finalmente, se revisa las dos vertientes utilizadas por la jurisprudencia: la vertiente material y la vertiente procesal.

1. Introducción

La prohibición del doble castigo se vincula al nacimiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho y a la consecuente imposición de límites al poder punitivo del Estado. La Constitución se convierte en norma jurídica de obligatorio cumplimiento y con ello, usando las palabras de ARAGÓN, el control del poder y de su ejercicio se convierte en un elemento indisoluble del concepto Constitución¹.

El *non bis in idem* hace su aparición cuando, ante una misma conducta, el ordenamiento jurídico prevé dos o más normas que imponen un castigo. La posible imposición de dos o más sanciones afecta la libertad individual porque el individuo difícilmente podrá llevar a cabo un proyecto de vida si debe estar pendiente de modo permanente de la posibilidad de ser sancionado dos o más veces por los mismos hechos por los que fue castigado en una primera oportunidad. De otro lado, el *bis in idem* afecta el principio de seguridad jurídica, porque confiere estabilidad a la pendencia jurídica procesal o a la posibilidad de ser procesado infinitas veces por hechos que ya fueron juzgados.

No es objeto de este trabajo abordar toda la problemática del *non bis in idem* porque desbordaría, con creces, el espacio y objetivos previstos, sino mostrar cómo se ha configurado este principio-derecho a la luz de los criterios jurisprudenciales adoptados por el Tribunal Constitucional peruano.

2. Concepto legal: La prohibición del doble castigo y del doble procedimiento por los mismos hechos, y el mismo fundamento

En su versión más abstracta, el *non bis in idem* tiene un doble significado que podría sintetizarse en la prohibición del doble castigo (vertiente material) y del doble procesamiento (vertiente procesal), siempre y cuando nos encontremos ante el mismo sujeto, los mismos hechos y el mismo fundamento².

La identidad de sujeto no genera mayores conflictos y permite la calificación de autores a distintos sujetos.

Desde el criterio finalista, la identidad de hecho ocurre cuando los hechos derivan de una misma declaración de voluntad. Desde el criterio normativo,

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesora de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y profesora colaboradora de la Universidad de Valladolid.

¹ ARAGÓN, Manuel. "El control como elemento inseparable del concepto Constitución". En: Revista Española de Derecho Constitucional. N° 19. 1987. p. 25.

² En relación al concepto del *non bis in idem* y la doble vertiente, siga a ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. "La garantía del Non bis in Idem y el Procedimiento Administrativo Sancionador". Madrid: lustel. 2008. p. 40 y ss.

cuando los hechos pueden ser subsumidos en un mismo tipo. Si con estos criterios resulta que hay más de un hecho, entonces habrá más de un castigo. Por ejemplo: cuando un suboficial tiene la voluntad de robar gasolina del cuartel y para ello, además de sustraer los recipientes con dicho combustible, retira un vehículo sin permiso del superior. En estos casos nos encontraremos con el concurso real de infracciones, un espacio en el cual no me detendré en este trabajo.

La identidad de fundamento comporta dos identidades: identidad de bien jurídico o bien público protegido, e identidad de lesión o ataque. Si nos encontramos ante dos o más ataques por parte del mismo sujeto, éste será susceptible a dos o más castigos.

No existe identidad de fundamento cuando distintas normas aparentemente aplicables, protegen distintos bienes jurídicos, como ocurre, por ejemplo, en la venta de un lote de leche adulterada, acto que podría vulnerar las normas de protección al consumidor (derechos del consumidor) como las de salud (derecho a la salud).

Por tanto, no se vulnera el *non bis in idem* cuando se castiga dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho pero para proteger, en cada ocasión, un bien jurídico distinto.

Entonces, el *non bis in idem* no proscribiera el doble castigo por los mismos hechos, ni que existan dos procesos (como ocurre con la dualidad de procedimiento administrativo – proceso penal) sino que una misma persona sea castigada dos veces por el mismo fundamento. El *idem* corresponde a la infracción y el *bis* la sanción.

Siguiendo la estela de Alejandro NIETO, desde un punto de vista orgánico, hay que tener en cuenta la posible participación en el conflicto de dos tipos de “órganos represivos” y el consecuente conflicto debido a la duplicidad de decisiones entre: dos tribunales penales, entre dos administraciones públicas con facultades sancionadoras, entre órganos distintos de un mismo ente público; y entre un tribunal penal y un órgano administrativo.

3. La configuración del *non bis in idem* en el ordenamiento jurídico peruano

Al igual que la Constitución de 1979, la Constitución Política de 1993 omitió el reconocimiento del *non bis in idem*.

3 Decreto Legislativo N° 957. Cabe señalar que las disposiciones finales de este Código determinaron que entraría en vigencia de modo progresivo.

El legislador fue más prolífico que el constituyente al reconocer y configurar la prohibición del *bis in idem*, como un principio de la potestad sancionadora de la Administración Pública en el listado del artículo 230° de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG). De esta manera, “no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Como la versión primigenia de la LPAG restringía la prohibición del *bis in idem* a la confluencia de sanciones provenientes del Poder Judicial y de la Administración Pública, por medio del Decreto Legislativo N° 1029 (publicado el 24 junio 2008) se extendió dicha prohibición a la confluencia de dos sanciones administrativas. Además, exceptuó de la misma prohibición a aquellas sanciones que se impusieran como consecuencia de un supuesto de infracciones continuadas.

En el ámbito penal, el único sustento utilizado para la extinción de la acción penal y de la pena es el artículo 90° del Código Penal que recoge la cosa juzgada bajo el siguiente tenor: “nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. Esto querría decir que, así como ocurrió con las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, el Código adoptó la posición de identificar al principio materia de nuestro estudio con la cosa juzgada.

Posteriormente, el Código Procesal Penal³ introdujo en el artículo III de su título preliminar la interdicción de la persecución penal múltiple, según la cual: “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento”. Determina que este principio se aplicará a “las sanciones penales y administrativas”, pero que “el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

No obstante, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que la prohibición del doble castigo por los mismos hechos y la misma causa, forma parte del texto constitucional, en algunos casos únicamente como “principio informador de la potestad sancionadora del Estado” (casos Nelson Jacob - STC N° 8123-2005-PHC/TC; Víctor La Vera – STC N° 00916-2009-PHC/TC) y en otros, como un derecho fundamental.

Precisamente, este reconocimiento constitucional como un derecho fundamental ha permitido al Tribunal Constitucional conocer sus transgresiones a través del proceso de amparo. Cabe decir que el *non bis in ídem* también ha sido objeto de tutela excepcional en el proceso de hábeas corpus. Únicamente cuando el Tribunal ha demostrado su conexidad con el derecho a la libertad individual.

En el caso NELSON JACOB GUZMÁN (STC N° 8123-2005-PHC/TC del 14 de noviembre de 2005), el TC analizó la eventual vulneración del *non bis in ídem* en el marco de un proceso de hábeas corpus debido a que en el caso se vinculaba directamente con el derecho a la libertad personal cuya afectación se discutía. El Tribunal Constitucional afirma que dicho análisis "(...) ha de ser posible siempre que exista conexidad entre estos y el derecho fundamental a la libertad individual, de modo que la afectación o amenaza al derecho constitucional conexo también incida negativamente en la libertad individual. Contrario sensu, ha declarado improcedente su tutela por medio del hábeas corpus cuando no se ha acreditado el agravio a la libertad personal" (STC N° 01612-2011-PHC/TC, 00656-2011-PHC/TC).

4. El reconocimiento constitucional del *non bis in ídem* según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Alto Tribunal ha interpretado que el *non bis in ídem* es un derecho fundamental implícito en el contenido del derecho al debido proceso del artículo 139° inciso 3 de la Constitución (caso Carlos Ramos Colque - STC N° 2050-2002-AA/TC). Sin embargo, existen algunos matices.

4.1. El *non bis in ídem* y la cosa juzgada (la vertiente formal)

En un primer momento, el TC consideró que el *non bis in ídem* estaba "consagrado en el artículo 139°, inciso 13 de la Constitución Política del Estado" (caso Mirope Neyra Chinguel - 799-98-AA/TC). Esto querría decir que, para el Alto Tribunal, el contenido del *non bis in ídem* era el mismo que el contenido del principio de la cosa juzgada y que era posible invocarlos de modo indistinto.

En un segundo momento, el Alto Tribunal vinculó el aludido principio únicamente al derecho al debido proceso. Ello ocurrió cuando empezó

a recurrir a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que introduce la cláusula de interpretación del contenido de los derechos fundamentales conforme a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos - TIDH. De esta manera, el TC interpretó que la prohibición del *bis in ídem* era una manifestación del derecho al debido proceso del artículo 139° inciso 13 constitucional, a la luz del artículo 8° inciso 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos ("El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos") y de los criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Interamericana sobre el *non bis in ídem* en el caso Barrios Altos contra el Perú.

En un tercer momento, y bajo la premisa del criterio de interpretación conforme a los TIDH el Tribunal precisó, aún más, su caracterización del *non bis in ídem* como un derecho fundamental implícito. Sostiene (hasta la actualidad) que es una manifestación del principio de la cosa juzgada del artículo 139° inciso 13, abandonando su posición inicial sobre la identidad de contenidos (caso Santiago Martín Rivas - STC N° 4587-2004-AA/TC). Aunque no sería el único "anclaje" del *non bis in ídem* que hace el Tribunal Constitucional, resulta conveniente detenernos a reflexionar.

4.2. ¿Qué significa que la prohibición del *bis in ídem* sea un "derecho implícito" de la cosa juzgada?

Como recordaremos, la eficacia de la denominada cosa juzgada material se proyecta sobre procesos futuros. Esto quiere decir que el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído sentencia firme tendrá la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en un segundo o tercer proceso. En su vertiente negativa, supone la imposibilidad de juzgar nuevamente lo previamente juzgado o revivir procesos fenecidos. En su vertiente positiva, obliga al juez a acomodar su enjuiciamiento a un resultado previo. Si la cuestión (o los hechos) previamente juzgada no es el objeto único del segundo proceso, sino que forma parte de éste; la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida el criterio adoptado en la primera sentencia, y en ningún caso podrá contradecirlo⁴.

La vertiente formal de la cosa juzgada es conocida en el ámbito procesal. Opera en un mismo proceso e implica la firmeza de las resoluciones

4 GALLARDO CASTILLO, María Jesús. "Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica" Madrid: Iustel. 2008. pp. 305-306.

judiciales y la imposibilidad de que estas sean impugnadas.

Con la aparición de los denominados tribunales administrativos y la tesis sobre su naturaleza jurídica cuasi jurisdiccional, se ha venido extendiendo a dichos órganos un número, cada vez mayor, de prerrogativas de la función jurisdiccional antes ejercidas de modo exclusivo por el Poder Judicial. Como ocurre con la aplicación del control difuso de constitucionalidad; o el análisis del dolo o culpa en la comisión de la conducta infractora⁵.

No obstante, si algún elemento sigue diferenciando a la Administración Pública del Poder Judicial es precisamente el carácter de cosa juzgada de sus decisiones y, para el tema que nos convoca, de la imposibilidad de ser recurridas o la denominada "vertiente formal de la cosa juzgada". Precisamente por ello, toda decisión de un órgano administrativo que quede firme será susceptible de ser recurrida ante el Poder Judicial, conforme al artículo 148° constitucional que reconoce la acción Contencioso Administrativa.

Entonces, podríamos afirmar que el principio *non bis in idem* no adopta el mismo contenido que la cosa juzgada.

En primer lugar, porque la resolución que constituye cosa decidida y agota la vía administrativa podría ser lo más parecido a la cosa juzgada, sin serlo.

Las decisiones que agotan la vía administrativa reciben el *nomen iuris* de cosa decidida y se presume su firmeza y plenos efectos, salvo que sean declaradas nulas de oficio por la Autoridad Administrativa, o se cuestione su legalidad ante el Poder Judicial, vía Proceso de Lesividad o vía Proceso Contencioso Administrativo.

Sin embargo, siguiendo con el tema que nos convoca, nos encontraríamos que la invocación del *non bis in idem* procede, tanto respecto a dos resoluciones cronológicamente separadas, como dentro de un mismo expediente y de una sola resolución⁶. Esto querría decir que una resolución

sancionadora que quedó firme, pero que no fue cosa decidida porque no se agotó la vía administrativa, podría ser un parámetro (al igual que una pena que fue cosa juzgada) para analizar si se vulnera el *non bis in idem* en un segundo procedimiento por los mismos hechos. No se necesitaría de una resolución que constituya cosa juzgada.

Así ocurre, por ejemplo, cuando en el procedimiento sancionador pesquero, la Dirección General de Seguimiento, Vigilancia y Control impone una sanción en primera instancia (la segunda es el Comité de Apelación de Sanciones) y por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento decide imponer una segunda sanción.

En segundo lugar, un pronunciamiento fiscal de archivo definitivo no constituye cosa juzgada, pero podría ser un parámetro para tutelar el *non bis in idem*.

En el caso Wilber Nilo Medina Bárcena (STC N° 02110-2009-PHC/TC y N° 02527-2009-PHC/TC, acumulados), el Tribunal Constitucional determinó que un pronunciamiento fiscal de archivo definitivo no tenía la condición de cosa juzgada porque esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. Sin embargo, el Alto Tribunal les reconoció el status de inamovible o cosa decidida "siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal".

Contrario sensu, consideró que no constituirán cosa decidida las resoluciones fiscales "que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público o b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada".

En este sentido, podemos afirmar que el dictamen fiscal es un acto administrativo que si

5 Tradicionalmente se había entendido que el artículo 138° de la Constitución que reconoce el control difuso de constitucionalidad era una facultad privativa de la judicatura. Sin embargo, el TC señaló que "una interpretación positivista y formal (...) no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional (...); sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo una interpretación en ese sentido del artículo 138° de la Constitución (que la potestad de ejercer el control difuso corresponda solo a los jueces) supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal", en: STC N° 03741-2004-AA/TC del 14 de noviembre de 2005, FJ. 8.

6 NIETO, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005. pp. 471 y ss.

bien no constituye una sanción, constituiría una manifestación del poder represivo del Estado. Y es que unos mismos hechos no pueden existir y luego no existir para el mismo Estado.

En tercer lugar, el Alto Tribunal ha llevado esta regla al proceso penal, en otra sentencia, cuando interpreta que “una resolución que no constituye una sentencia definitiva pero que ha puesto fin al proceso penal, se encuentra también garantizada por el principio *non bis in ídem*” (caso Nelson Jacob Guzmán - STC N° 8123-2005-HC/TC). En este caso, también nos encontramos con una resolución que, sin ser cosa juzgada, constituye un parámetro de control.

Precisamente por ello, algunos autores afirman que la cosa juzgada es una ficción procesal prevista para evitar el *bis in ídem* aunque no únicamente para ello. Sin embargo, ni la cosa juzgada es el único instrumento de garantía de dicha prohibición, ni aquélla persigue únicamente garantizar la referida prohibición. Esto querría decir que el principio está emparentado con, o que es más amplio que la ficción procesal de la cosa juzgada; o que existe una relación íntima pero no de identidad entre la cosa juzgada y el *non bis in ídem*⁷.

4.3. El *non bis in ídem* y los principios de legalidad y proporcionalidad

En un cuarto momento, el Tribunal Constitucional interpretó que el *non bis in ídem* es un “derecho fundamental de orden procesal”, “de un contenido implícito del debido proceso que puede ser derivado de los principios de legalidad y proporcionalidad” (caso Juan Franco Zapata - STC N° 03517-2011-PHC/TC).

A juicio del Alto Tribunal, el cometido garantista de la *lex certa* y la *lex previa* que sustentan el principio de legalidad devendría inútil si se impusieran dos sanciones por los mismos hechos. Esto implica garantizar que las personas tengan un conocimiento anticipado de la reacción punitiva del Estado, ante la comisión de un eventual hecho ilícito. Al mismo tiempo, esta doble sanción constituiría un ejercicio desproporcionado del poder punitivo del Estado, porque la suma de sanciones crearía una nueva sanción que se vuelve ajena al principio de proporcionalidad. En este punto, todo parece

indicar que sigue la estela jurisprudencial de su homólogo español (STC 2/1981, de 30 de enero).

Algunos se muestran de acuerdo y otros en desacuerdo con vincular al *non bis in ídem* con el principio de legalidad. Sus partidarios apuntan que ante los mismos hechos, el principio de legalidad impide que se tipifiquen dos o más sanciones; y que, en el caso que exista concurrencia normativa, se prevean reglas que determinen cuál de las normas que concurren será la aplicable⁸. Quienes se muestran en desacuerdo, apuntan que si las sanciones se encuentran tipificadas en una norma con rango de Ley, su aplicación responderá perfectamente al principio de legalidad.

El mandato del artículo 2° inciso 24 numeral “d” constitucional, que reconoce el principio de legalidad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, dispone que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley”. Esto podría darnos a entender que bastaría que la infracción esté contemplada y tipificada en una Ley para que cumpla con el principio de legalidad (el análisis de conductas tipificadas por reserva reglamentaria, es un nivel más complejo al que no ingresaré); y mientras no sea expulsada del ordenamiento jurídico, la Ley será de obligatorio cumplimiento (o persecución) por los aplicadores de la norma sancionadora.

Es cierto que los preceptos constitucionales no se aplican ni se interpretan de modo aislado sino de acuerdo al criterio de unidad constitucional, pero también es cierto que la prohibición del doble castigo o procesamiento es un derecho fundamental (de acuerdo al TC) cuya afectación difícilmente puede verificarse de un análisis abstracto sino en el caso concreto, con ocasión de un conflicto, como ocurre con la aplicación del control difuso.

Luego, es posible que dos normas que tipifican dos conductas infractores iguales sean perfectamente constitucionales, sino que cuando el operador jurídico la aplicó al caso concreto llevó a cabo una inadecuada interpretación; o que los bienes jurídicos protegidos sean subsumibles en dos ordenamientos distintos, como ocurre con algunas

7 CANO CAMPOS, Tomás. “*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”. En: Revista de Administración Pública. N° 156, 2001. p. 201; GALLARDO, Ob.cit., p. 308.

8 JIMÉNEZ MOSTAZO, Antonio y Pedro, ALVARADO RODRÍGUEZ. “*Ne bis in ídem*, un principio constitucional de creación jurisprudencial (I). Aproximación”, p. 326.

normas penales en blanco. El caso de los tipos penales ambientales es ilustrativo. Las infracciones al ordenamiento administrativo deben producirse (primero), para que el delito se configure (a continuaci3n):

“Artículo 304º del C3digo Penal.-
Contaminaci3n del ambiente

El que, infringiendo Leyes, reglamentos o l3mites m3ximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases t3xicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atm3sfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, mar3timas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteraci3n o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, seg3n la calificaci3n reglamentaria de la autoridad ambiental, ser3 reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos d3as-multa (...)” (el subrayado corresponde a la autora).

De la norma citada se infiere que la Autoridad Administrativa (Ministerio del Ambiente) deber3 reglamentar primero las conductas infractoras administrativas (por ejemplo, de l3mites m3ximos permitidos de emisiones), las cuales ser3n sancionadas en la v3a administrativa y perseguidas, adem3s, en la v3a penal.

Tengo la impresi3n de que la conexi3n inseparable entre el principio de legalidad y el de proporcionalidad se sustenta en que la presencia de dos sanciones por los mismos hechos en el ordenamiento jur3dico no necesariamente vulnerar3a el principio de proporcionalidad. La magnitud de la sanci3n podr3a ser pequeña pero al ser conectada al principio de legalidad, la lectura ser3a que el legislador habr3a cometido un acto desproporcionado al configurar dos o m3s sanciones por los mismos hechos y bajo la misma causa. Pero ni la Ley que impone la primera sanci3n, ni la Ley que impone la segunda, afectar3an dicho principio. Luego, la presencia del principio de legalidad en el *non bis in idem* constituye un puente entre la proporcionalidad y la afectaci3n que produce la sanci3n a la Constituci3n.

La corriente mayoritaria apuesta por afirmar que el *non bis in idem* descansa en el principio de proporcionalidad, que deriva del valor justicia del principio de interdicci3n de la arbitrariedad

de los poderes p3blicos, que impide toda intervenci3n innecesaria o excesiva “que grave a los ciudadanos m3s all3 de lo estrictamente indispensable para la protecci3n de los intereses p3blicos”⁹. Y es que, ¿para qu3 sancionar dos veces? Con ello no se logra un desincentivo de las conductas infractoras.

5. La doble vertiente en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El TC ha establecido un examen del *non bis in idem*, en el cual primero se verifica la existencia de una “resoluci3n que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida” y, a continuaci3n se verifica el examen de la triple identidad (caso Wilber Nilo Medina B3rcena – STC N3 02110-2009-PHC/TC y N3 02527-2009-PHC/TC, acumulados).

En el caso Carlos Ramos Colque (STC N3 2050-2002-aa/tc), el señor Ramos aleg3 haber sido objeto de una doble sanci3n disciplinaria. A su juicio, el hecho de que se le haya impuesto la sanci3n de 6 d3as de arresto simple (posteriormente elevada a 15 d3as) y que despu3s se le pasara a la situaci3n de retiro, afectaba el principio del *non bis in idem* material, toda vez que la segunda sanci3n se sustent3 en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

A ra3z de este caso, el Tribunal Constitucional hizo patente la doble vertiente del *non bis in idem*: procesal y material. Mientras que la primera derivar3a de la cosa juzgada (art3culo 139º inciso 3 de la Constituci3n), la vertiente material o sustantiva se adscribir3a a los principios de legalidad y de proporcionalidad.

5.1. La vertiente procesal

En relaci3n a la vertiente procesal, una de las primeras reglas que cabe resaltar, y ya lo menciona el C3digo Procesal Penal, es la prevalencia de la v3a penal frente a la administrativa.

Esto querr3a decir que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el 3rgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o no probado, porque unos hechos no podr3an existir y dejar de existir para el Estado, conforme resume el Tribunal Constitucional espaol en sucesivas sentencias (siendo la m3s emblem3tica la STC 2/2003).

9 CANO CAMPOS, Tom3s. “Non bis in idem, prevalencia de la v3a penal y teor3a de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador”. En: Revista de Administraci3n P3blica. N3 156. 2001. p. 204.

También supone la obligación de la Autoridad Administrativa de suspender el procedimiento cuando considere que las conductas infractoras pueden ser subsumidas en un tipo penal. Estas deberán ser juzgadas primero por el juez penal.

También ha dicho el Tribunal que para activar el *non bis in ídem* la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas no pueden ser sus únicos fundamentos, pues es necesaria la previa verificación de la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada (STC N° 02600-2009-PHC/TC). O que, como hemos visto en epígrafes anteriores, la decisión de la entidad pública o en la vía judicial declare como inexistentes los hechos que puedan ser sometidos a un segundo juzgamiento. Es esta decisión (o sentencia o resolución o dictamen fiscal) la que se convierte en el parámetro de control de una segunda decisión o de un segundo proceso o procedimiento. Así, en el *hábeas corpus* de Alberto de Paz Izaguirre (STC N° 03495-2011-PHC/TC), el TC declaró infundada la demanda porque: “la resolución que cuestiona en el presente *hábeas corpus* ha sido emitida con fecha anterior a lo resuelto en el segundo proceso. Siendo así la resolución judicial cuestionada no vulnera el *non bis in ídem*”. En este caso, el demandante cuestionó la primera resolución, no la segunda.

Otra regla establecida por el Tribunal es que no basta con que existan dos procesos: si el primer proceso seguido por los mismos hechos que el segundo fue declarado nulo debido a un problema de competencia, no existiría la vulneración del *non bis in ídem*. Es preciso que el proceso sea jurídicamente válido.

El sustento de esta afirmación es que “(...) la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *non bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez”. En este sentido “tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y la realización de un proceso penal se efectúan como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que este último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado”.

Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el solo hecho de que se le oponga la existencia fáctica de un primer proceso, sino que es preciso que este sea jurídicamente válido (casos Santiago Martín

Rivas - STC N° 4587-2004-AA/TC; Víctor La Vera Hernández – STC N° 00916-2009-PHC/TC). Así en el caso La Vera Hernández, se declaró nulo el proceso por homicidio remitiéndose la causa al fuero ordinario. Para el TC, el derecho fundamental a la vida no es un bien jurídico protegido en el fuero militar, por lo que correspondía que dicho proceso fuese declarado nulo. Un caso similar fue el de Amador Vidal Sanbento (STC N° 05560-2009-PHC/TC).

5.2. La vertiente material

La Jurisprudencia del TC ha sido unánime al interpretar que la vertiente material o dimensión sustantiva del *non bis in ídem* se revela en la “imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador” (caso Ramos Colque - STC N° 2050-2002-AA/TC; y otras como las STC N° 03495-2011-PHC/TC y N° 10192-2006-PH/TC). Y es que, a juicio del Alto Tribunal, “la protección por *non bis in ídem* material se vincula a los hechos que fueron materia de un primer pronunciamiento y sobre los cuales no corresponde una nueva revisión” (STC. N° 01887-2010-PHC/TC)

En este aspecto, los criterios jurisprudenciales más interesantes se relacionan con la identidad de fundamento en el caso de una sanción y una pena.

El análisis del *bis in ídem*, será improcedente cuando la medida de gravamen haya sido impuesta, primero, por un órgano administrativo, y luego, por un juez penal. Según el artículo 230° inciso 10 de la LPAG, “no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho” (así en ese orden y no a la inversa); aunque dicha prohibición se extienda también “a las sanciones administrativas”. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la razón se encontraría en que los bienes jurídicos protegidos por ambos ordenamientos jurídicos son distintos (caso Jorge Eduardo Sánchez Rivera – STC N° 00361-2010-PA/TC):

“3. Dentro de esta última identidad (de fundamento o de contenido de lo injusto), no pueden equipararse las sanciones administrativas (pertenecientes al Derecho Administrativo sancionador) y las sanciones penales (pertenecientes al Derecho Penal), pues ambas obedecen a fundamentos jurídicos distintos. No podría equipararse el juzgamiento realizado a nivel jurisdiccional

con el procedimiento sancionador realizado a nivel administrativo, y menos impedirse que la sede jurisdiccional penal se vea imposibilitada de pronunciarse debido a lo resuelto en sede administrativa". (El subrayado corresponde a la autora)

El Tribunal no olvida el principio de proporcionalidad y recuerda al juez penal que tenga en consideración la sanción administrativa impuesta efectivamente al entonces administrado, para efectos de graduar la pena.

Un segundo criterio adoptado en la misma línea de improcedencia del análisis entre una sanción y una pena es que "las sanciones penales y disciplinarias corresponden a finalidades distintas"; por lo que al no presentarse identidad de fundamento no se considera afectado el principio *non bis in idem* (casos Félix Jorge Zegarra Jaramillo – STC N° 02292-2006-PHC; Jorge Eduardo Sánchez Rivera - STC N° 00361-2010-PA/TC). En relación a este criterio, la jurisprudencia constitucional es abundante.

El Alto Tribunal funda su razonamiento en el objeto de cada uno de los ordenamientos jurídicos. A su juicio, "el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal" (caso Héctor Yuri Jerónimo Falcón - STC N° 01921-2008-PA/TC). No obstante, esta diferenciación no termina de ser del todo clara.

Más bien, cuando el Tribunal se toma el trabajo de analizar el bien jurídico protegido, no en abstracto, sino en el caso concreto, es posible dilucidar mejor la delgada línea roja que divide al sancionador del penal. En el caso Milton Segundo Merino Mogolló (STC N° 05172-2009-PA/TC), el TC interpretó que los hechos que originaron tanto la sanción disciplinaria cuanto la condena penal eran "básicamente los mismos"; no obstante, la empleadora sancionó al recurrente no por apropiación indebida de bienes de la empresa, sino por incumplimiento de sus obligaciones como auxiliar de almacén, que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral. El órgano jurisdiccional penal determinó que una de las sanciones (la administrativa) deriva de la responsabilidad disciplinaria en que incurrió por incumpliendo de sus obligaciones laborales y la otra de la responsabilidad penal que se le encontró como coautor del delito de hurto agravado

(también en el caso Caleb Gabriei Morán Hurtado - STC N° 01864-2009-PA/TC).

Algo similar ocurrió en el caso del médico negligente (caso Germán Alejandro Herrera Lazarte – STC N° 692-2010-PHC/TC) que causó la muerte de una paciente y que fue sometido a un disciplinario por negligencia médica y procesado penalmente por el delito de homicidio culposo. Mientras el disciplinario estuvo orientado a sancionar la "presunta conducta funcional indebida" por conducta negligente, el proceso penal "se orientó a determinar su responsabilidad penal en la muerte de la agraviada por haber vulnerado el bien jurídico protegido vida, encontrándosele responsable del delito de homicidio culposo". El TC determinó que no se había vulnerado el *non bis in idem*.

Esto querría decir que no se podría cuestionar una sanción penal impuesta por los mismos hechos a la misma persona si es que la primera sanción fue administrativa, en el marco de un procedimiento disciplinario o sancionador. La única salvedad de esta regla sería el principio de proporcionalidad, en el entendido que el juez penal tendrá que tener en consideración la sanción impuesta en el disciplinario como criterio de gradación al momento de imponer la sanción penal.

En este aspecto, la Corte Suprema de la República en su Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, ha establecido como precedente vinculante el cuarto y quinto fundamento jurídico de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2090-2005, el cual resulta elocuente. Luego de hacer una diferenciación teleológica entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, señala que:

"las sanciones disciplinarias, como aquellas que tienen "la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales ; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de

bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”¹⁰.

En este sentido, en los casos en que el doble castigo proviene de un procedimiento disciplinario y un proceso penal, no se configurará una vulneración al *non bis in idem* por la ausencia de la identidad de fundamento.

6. Recapitulación

El Alto Tribunal adscribe el *non bis in idem* al debido proceso y a los principios de cosa juzgada, legalidad y proporcionalidad.

Ahora bien, dicha adscripción ¿querría decir que el *non bis in idem* carece de identidad propia o que es una suma de los aludidos principios? Todo parece indicar que ante el déficit constitucional, el Alto Tribunal ha tenido que forzar su interpretación para definir el aludido principio en función de otros principios distintos aunque no distantes, ya que la prohibición del *bis in idem* esencialmente se aplica en el marco de un proceso o procedimiento.

En segundo lugar, el *non bis in idem* no guarda relación única con ninguno de los principios antes

aludidos. Debido a que el análisis opera en función a actos administrativos, que no necesariamente podrían ser sanciones, como ocurre con un dictamen fiscal, su vinculación a la cosa juzgada sería imprecisa. Hemos analizado, además, algunos fundamentos por los cuales tampoco existe claridad sobre su anclaje al principio de legalidad. Sin embargo, la cosa cambia con el principio de proporcionalidad y su vinculación directa con la noción de Estado Constitucional y Democrático de Derecho que para merecer tal calificativo, debe controlar un ejercicio desproporcionado del poder punitivo.

En este contexto, podría definirse al *non bis in idem* como un principio que informa la potestad sancionadora, como un principio constitucional, una regla jurídica y hasta como un derecho fundamental de contenido implícito. La configuración legal y jurisprudencial del *non bis in idem* me conduce a pensar que se trata más bien de un principio constitucional, cuya afectación necesita ser interpretada en cada caso concreto. Especialmente en relación al doble fundamento, donde la interpretación constitucional se vuelve crucial y tiene un amplio margen de juego. El TC ha optado por acuñarle la condición de derecho fundamental de contenido implícito.

En todo caso, es posible inferir que la crisis de identidad del *non bis in idem* no ha impedido su tutela constitucional y su invocación en los procedimientos administrativos sancionadores.

10 Citado por Juan Carlos MORÓN URBINA. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011. pp. 731-732.